



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**MARA ALESSANDRA HIROSSE**

**DOSIMETRIA DA PENA E REGIME PRISIONAL INICIAL, NOS CRIMES DE  
TRÁFICO DE DROGAS, À LUZ DO STJ**

**BRASÍLIA  
2021**

**MARA ALESSANDRA HIROSSE**

**DOSIMETRIA DA PENA E REGIME PRISIONAL INICIAL, NOS CRIMES DE  
TRÁFICO DE DROGAS, À LUZ DO STJ**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel em Direito  
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
- FAJS do Centro Universitário de Brasília  
(UniCEUB).

Orientadora: Professora Dra. Raquel Tiveron

**BRASÍLIA  
2021**

**MARA ALESSANDRA HIROSSE**

**DOSIMETRIA DA PENA E REGIME PRISIONAL INICIAL, NOS CRIMES DE  
TRÁFICO DE DROGAS, À LUZ DO STJ**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel em Direito  
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
- FAJS do Centro Universitário de Brasília  
(UniCEUB).

Orientadora: Professora Dra. Raquel Tiveron

**BRASÍLIA, 22 de Abril de 2021**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professora Dra. Raquel Tiveron**

---

**Professor Dr. José Theodoro Correa de Carvalho**

Dedico este trabalho aos meus pais, que caminham ao meu lado sempre firmes e fortes. Também, aos meus colegas de curso e aos professores por toda dedicação e atenção despendidas.

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a dosimetria da pena e a fixação do regime prisional inicial numa abordagem geral e, após, restringe-se aos crimes de tráfico de drogas, sob a perspectiva do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O método utilizado foi o dedutivo, fazendo-se a análise de acórdãos. Apresenta-se para isso um panorama geral desses tópicos com autores da doutrina brasileira e, depois, realizando a análise de decisões sobre os temas em casos concretos de crimes de tráfico de drogas. Observou-se os problemas para a determinação de uma pena justa sob a ótica do STJ. Selecionou-se diversas decisões com a jurisprudência e Súmulas mais frequentes. A partir disso, foi-se detalhando cada aspecto relevante das diversas decisões. Comparou-se a doutrina, lei, jurisprudência e Súmulas. Por fim, chegou-se a conclusão de que realmente é necessário um Tribunal de terceira instância com a preocupação de uniformizar as decisões para que o jurisdicionado tenha uma justiça mais célere e preocupada com a segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Pena. Dosimetria da pena. Regime prisional inicial. Tráfico de drogas. Superior Tribunal de Justiça. STJ.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
<b>1 DOSIMETRIA DA PENA .....</b>	<b>9</b>
1.1 Pena .....	9
1.2 Aplicação da pena .....	11
1.3 Primeira fase da fixação da pena .....	12
1.3.1 <i>Circunstâncias judiciais</i> .....	12
1.3.1.1 <i>Vedação ao "bis in idem"</i> .....	17
1.4 Segunda fase da fixação da pena .....	17
1.4.1 <i>Circunstâncias agravantes e atenuantes legais obrigatórias</i> .....	18
1.4.2 <i>Circunstâncias agravantes genéricas de aplicação obrigatória</i> .....	19
1.4.3 <i>Agravantes na hipótese do concurso de pessoas</i> .....	20
1.4.4 <i>Circunstâncias genéricas atenuantes</i> .....	20
1.5 Terceira fase na fixação da pena .....	21
1.6 Conflito e concurso entre as circunstâncias.....	22
1.7 Concurso de crimes .....	23
1.7.1 <i>Espécie de concurso de crimes</i> .....	24
1.7.2 <i>Aplicação da pena no concurso de crimes</i> .....	27
<b>2 DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.....</b>	<b>28</b>
2.1 Considerações preliminares.....	28
2.2 Sentença omissa quanto ao regime inicial.....	29
2.3 Gravidade do delito e regime inicial fechado.....	29
2.4 Regimes penitenciários iniciais da pena de reclusão.....	29
2.5 Regimes penitenciários iniciais da pena de detenção.....	30
2.6 Regime inicial da pena de prisão simples.....	31
2.7 Soma e unificação de penas para aplicação da regra do concurso de crimes e regime inicial de cumprimento de pena.....	31
2.8 A questão da aplicabilidade de regime inicial menos gravoso e da substituição da pena privativa de liberdade nos crimes de tráfico de drogas.....	32
<b>3 ANÁLISE DAS DECISÕES.....</b>	<b>33</b>

<b>3.1 Dosimetria</b> .....	33
<b>3.2 Fixação do regime inicial</b> .....	46
<i>3.2.1 Condenados por tráfico privilegiado, regime inicial aberto</i> .....	47
<i>3.2.2 Condenados por tráfico privilegiado, pena um pouco maior que a mínima, regime inicial aberto ou semiaberto</i> .....	51
<i>3.2.3 Condenados por tráfico privilegiado, pena menor do que 4 anos, regime inicial aberto</i> .....	53
<i>3.2.4 Condenados por tráfico privilegiado, pena entre 4 e 8 anos, regime inicial semiaberto ou fechado</i> .....	54
<i>3.2.5 Tráfico ilícito de entorpecentes, condenações anteriores ao período depurador</i> .....	56
<i>3.2.6 Regime inicial semiaberto ou fechado, crime com participação de adolescentes</i> .....	58
<i>3.2.7 Regime inicial fechado, quantidade relevante de entorpecentes e integrar organização criminosa</i> .....	59
<i>3.2.8 Condenado a 1 ano e 6 meses em regime inicial fechado</i> .....	60
<i>3.2.9 Condenado a pena entre 4 e 8 anos, regime inicial fechado</i> .....	61
<i>3.2.10 Condenado a pena superior a 8 anos, regime inicial fechado</i> .....	62
<i>3.2.11 Possibilidade de cumprimento de pena em regime domiciliar</i> .....	63
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	70
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	74
<b>APÊNDICE A - HC 596.603/SP</b> .....	76

## INTRODUÇÃO

O combate às drogas, no mundo, mata mais gente do que conflitos políticos armados. Atualmente, no Brasil, tem-se grande problema carcerário, somos a terceira maior população carcerária do mundo, sendo que em torno de 25% (vinte e cinco por cento) dela corresponde a crimes relacionados às drogas. (BELLO, 2019)

O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consoma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal). Isto está previsto no art. 33, da Lei 11.343/2006, que define os crimes relacionados à prática do tráfico ilícito de drogas. Assim, constitui-se em crime de perigo abstrato.

Com a evolução da sociedade e aprimoramento do pensamento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ), mister saber a jurisprudência utilizada na avaliação do cálculo da pena e regime prisional inicial de um dos crimes mais recorrente na justiça brasileira.

Interessante saber quais as maiores dificuldades encontradas no caminho percorrido para o cálculo da pena e determinação do regime prisional inicial, de modo que ela seja aplicada da maneira mais justa possível. Considerando, também, as principais limitações do julgador na aplicação individualizada da pena nos crimes de tráfico de drogas.

Como as circunstâncias do crime são consideradas na determinação da pena nos crimes de tráfico de drogas, sob a perspectiva do STJ?

O presente trabalho tem como objetivo geral apresentar um panorama sobre a dosimetria da pena e regime prisional inicial, no Brasil, levando-se em consideração doutrina, publicações referentes ao assunto e jurisprudência do STJ.

Como objetivo específico serão feitas pesquisas nas fontes citadas, a partir disso, será estudado, compreendido, quantificado e comparado as maiores dificuldades ou limitações nas avaliações das circunstâncias dos crimes de tráfico de drogas na aplicação da pena.

O método utilizado para tudo isso será o dedutivo.



Inicialmente, no primeiro capítulo, será abordada a dosimetria da pena, segundo a doutrina brasileira, de forma geral. Ressaltando-se os pontos principais para o entendimento dos julgados analisados, tais como primeira, segunda e terceira fases, concurso de crimes.

Já no segundo capítulo, comentar-se-á sobre regime prisional inicial, discorrendo sobre as modalidades de regime inicial e como funciona a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, também, utilizando-se da doutrina.

Por fim, serão mapeadas as diferentes nuances da aplicação do entendimento dos magistrados do STJ, nos acórdãos proferidos, envolvendo casos concretos do que seria mais relevante no cálculo da aplicação da pena e definição do regime prisional inicial nos crimes de tráfico de drogas.

# 1 DOSIMETRIA DA PENA

## 1.1 Pena

Segundo, Rogério Greco (2016, p. 581): “A pena é consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.”

A pena a ser aplicada observará os princípios implícitos e explícitos na Constituição Federal. (GRECO, 2016)

Demais, a pena tem a função de ressocialização do preso. (REALE JÚNIOR, 2020)

No que se refere à sua origem, a pena tem como seu marco inicial o paraíso, no qual uma serpente induz Eva a comer o fruto proibido, e esta, por sua vez induz Adão a fazer o mesmo. (GRECO, 2016)

No século XIII, o corpo de quem praticava o delito era punido, tendo como marco a mudança de mentalidade do período iluminista, no que concerne à cominação das penas. (GRECO, 2016)

Poucos séculos nos separam da época em que havia penas cruéis, tais como mutilação, roda, empalamento, garrote vil etc. Entretanto, atualmente, ainda há penas cruéis em alguns lugares do mundo, como países islâmicos, nos quais as chibatadas e a mutilação ainda são aplicadas. (REALE JÚNIOR, 2020)

Nos dias atuais, no ocidente, há uma grande preocupação com a integridade física e mental dos seres humanos, inclusive com a preservação da vida. Então, no Brasil, apesar de algumas falhas, nossa legislação se preocupa em banir penas que contrariam a dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2016)

No art. 5º, XLVII, da Constituição Federal, tem-se o rol de penas proibidas no Brasil. (FABRETTI; SMANIO, 2019)

Dessarte, desde que a prisão se tornou a principal sanção, passou-se a propagar o ideal de humanização do cárcere a ser alcançada pelo combate da promiscuidade e da ociosidade dos presos. (REALE JÚNIOR, 2020)

Foi a Inglaterra que introduziu o sistema progressivo de cumprimento de pena. (REALE JÚNIOR, 2020)

Relativamente à finalidade das penas, tem-se as teorias absolutas (retribuição) e relativas (prevenção). A teoria relativa se subdivide em duas: a prevenção geral e a prevenção especial. (GRECO, 2016)

A prevenção geral pode ser negativa ou positiva. Na negativa, a pena cominada ao infrator reflete na sociedade. Já a positiva, promove a integração social. (GRECO, 2016)

Por sua vez, a prevenção especial também pode ser negativa e positiva. Na negativa neutraliza-se o agente do crime encarcerando-o. Enquanto na positiva, intenta que o autor do crime não pratique novos crimes. (GRECO, 2016)

A teoria adotada pelo art. 59 do Código Penal é a teoria mista ou unificadora da pena, teorias absoluta e relativa. (GRECO, 2016)

A lei estabelece em seu texto os limites mínimo e máximo da pena de cada tipo penal. Contudo, para que o juiz estabeleça a individualização da pena, o código penal dita critérios para que isso seja feito. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Para Guilherme de Souza Nucci, quanto à aplicação da pena:

Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada). (NUCCI, 2017, p. 827)

A aplicação da pena se dá em três fases distintas: individualização legislativa, cominação e aplicação. (GRECO, 2016)

Segundo Rogério Greco (2016, p. 677, grifo nosso): “A pena encontrada pelo julgador deve ser aquela *necessária e suficiente* para a reprovação e a prevenção do crime.”

Relativamente à individualização da pena, ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa, individualização judicial e individualização executória. (BITENCOURT, 2018)

Existem 4 sistemas de individualização da pena que o legislador pode adotar:

- estanque: só a lei fixa o montante da pena, não há interferência do juiz.
- indeterminada: a lei não estabelece nada, o juiz, sozinho, fixa o montante da sanção.

- parcialmente indeterminada: a lei estabelece o patamar máximo, e o juiz estabelece o patamar mínimo.
- determinada: a lei estabelece o patamar mínimo e máximo. Este sistema é o adotado no Brasil, e, excepcionalmente, permite ir além desses patamares com as causas de aumento ou de diminuição de pena. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Dentro do procedimento da fixação da pena, o juiz na análise de reprovação e prevenção do crime deve observar as fases que dispõe o art. 59 do CP:

- a) escolher a pena a ser aplicada dentre as previstas, exemplo, se o delito for apenado com multa ou detenção;
- b) determinar a quantidade de pena aplicada dentro dos limites legais, é a chamada dosimetria da pena, realizada pelo juiz;
- c) fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- d) verificar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

## 1.2 Aplicação da pena

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2017, v. 1, p. 739), o conceito de cominação de penas: “é a prescrição, em abstrato, de penas, formulada no preceito secundário do tipo penal incriminador.”

Elementar é o *caput* do tipo incriminador, é o elemento primordial da figura típica, sem a qual ocorre a atipicidade absoluta ou relativa. (CAPEZ, 2018)

Segundo Fernando Capez (2018, v. 1, p. 582), tem-se que: “Circunstância é todo dado secundário e eventual agregado à figura típica, cuja ausência não influi de forma alguma sobre a sua existência. Tem a função de agravar ou abrandar a sanção penal e situa-se nos parágrafos.”

As circunstâncias quanto à sua natureza podem ser objetivas ou reais, e subjetivas ou pessoais. Já quanto à sua aplicação podem ser judiciais e legais. (CAPEZ, 2018)

A parte geral do Código Penal (CP) foi reformada em 1984, adotando-se o critério trifásico. Na primeira fase, tem-se as circunstâncias inominadas do art. 59; na segunda fase, leva-se em conta as agravantes e atenuantes genéricas (arts. 61, 62, 65 e 66 do CP); e na terceira, as causas de aumento e diminuição de pena. Importante observar que a identificação de

qualificadora, pelo juiz, faz-se na análise do mérito, não estando presente em nenhuma dessas fases. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

No cálculo da pena tem-se que o art. 68 do Código Penal impõe que a pena será aplicada em três fases distintas. Primeiramente, encontra-se a pena-base, sobre a qual recairão os outros cálculos. Nos tipos penais tem-se uma margem mínima e máxima de pena e, posteriormente à análise das circunstâncias judiciais do crime, o juiz fixa a pena que mais se adequa ao caso concreto. Tais circunstâncias devem ser analisadas e valoradas individualmente. (GRECO, 2016)

Cálculo da pena, segundo Guilherme de Souza Nucci:

*havia dois sistemas principais para tanto: a) critério trifásico, preconizado por Néelson Hungria; b) critério bifásico, defendido por Roberto Lyra. O Código Penal optou claramente pelo primeiro, conforme se vê do art. 68: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código: em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.” Para Hungria, o juiz deve estabelecer a pena em três fases distintas: a primeira leva em consideração a fixação da pena-base, tomando por apoio as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes, dos arts. 61 a 66), para então apor as causas de diminuição e de aumento (previstas nas Partes Geral e Especial). (NUCCI, 2017, p. 829)*

### 1.3 Primeira Fase de fixação da pena

Conceito de pena-base, segundo Guilherme de Souza Nucci:

*é a primeira etapa da fixação do *quantum* da pena, quando o juiz elege um montante, entre o mínimo e o máximo previstos pelo legislador para o crime, baseado nas circunstâncias judiciais do art. 59. Sobre a pena-base incidirão as agravantes e atenuantes (2ª fase) e as causas de aumento e de diminuição (3ª fase). (NUCCI, 2017, p. 827)*

Fixação da pena-base utilizando-se as circunstâncias judiciais ou inominadas. Têm essa denominação, pois o juiz as leva em consideração de forma vaga e inominada. São elas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do acusado, motivos, comportamento da vítima, circunstâncias e consequências do crime. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Tais circunstâncias judiciais devem estar de acordo com o art. 59 do CP, e devem ser referenciadas de modo específico. (CAPEZ, 2018)

#### 1.3.1 Circunstâncias judiciais

Conceito de circunstâncias judiciais, segundo Guilherme de Souza Nucci (2017, 827): “são as circunstâncias que envolvem o crime, nos aspectos objetivo e subjetivo, extraídas da livre apreciação do juiz, desde que respeitados os parâmetros fixados pelo legislador no art. 59 do Código Penal, constituindo efeito residual das circunstâncias legais”.

Estas são a circunstâncias judiciais que deverão ser analisadas obrigatoriamente no cálculo da pena-base: (GRECO, 2016)

Culpabilidade: Refere-se à maior ou menor reprovabilidade da conduta. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020) Se estiver presente o agente responderá pelo fato, se não, será absolvido. É utilizada para que o indivíduo seja condenado e receba uma pena, e não em sua quantificação. (CAPEZ, 2018)

Culpabilidade, segundo Guilherme de Souza Nucci:

trata-se da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, baseada nos outros fatores constantes do art. 59 do CP. A culpabilidade em sentido estrito já foi analisada para compor a existência do delito (em que, além da reprovação social, examinaram-se a imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito). (NUCCI, 2017, p. 827)

Assim, são considerados o dolo e a culpa da conduta, sendo pressuposto do fato típico. Importando o grau de culpa e a intensidade do dolo para quantificar a pena aplicada. (CAPEZ, 2018)

Reincidência: Ocorre se o crime em questão tenha sido praticado após trânsito em julgado de sentença condenatória de outro crime. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Reincidência, segundo Guilherme de Souza Nucci:

é o cometimento de uma infração penal depois de o agente já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior. Admite-se, ainda, porque previsto expressamente na Lei das Contravenções Penais, o cometimento de contravenção penal após já ter sido o autor anteriormente condenado com trânsito em julgado por contravenção penal. Portanto, admite-se, para efeito de reincidência, o seguinte quadro: a) crime (antes) – crime (depois); b) crime (antes) – contravenção penal (depois); c) contravenção (antes) – contravenção (depois). Não se admite: contravenção (antes) – crime (depois), por falta de previsão legal. (NUCCI, 2017, p. 828)

Ressalte-se a Súmula 444/ STJ, *in verbis*: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

Conforme proibição da Constituição à penas perpétuas (FABRETTI; SMANIO, 2019), de acordo com o que dispõe o art. 64, I, do CP, a reincidência prescreve se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a posterior infração tiver decorrido mais de cinco anos, caducando a infração anterior. Sendo o termo final do quinquênio atrelado à prática do segundo crime, não à data da nova sentença condenatória (CAPEZ, 2018)

A prova da reincidência dá-se por certidão da sentença condenatória transitada em julgado datada. (CAPEZ, 2018)

Se houver sentença condenatória com trânsito em julgado posterior à ocorrência do crime não há reincidência. (CAPEZ, 2018)

Há quem defenda a abolição da reincidência ao argumento de não ser justo que uma pena já transitada em julgado intervenha na cominação de pena posterior. Entretanto, os defensores da reincidência alegam ser o reincidente digno de sanção mais grave por sua conduta reprovável e falta de respeito à justiça. (REALE JÚNIOR, 2020)

Condenação no estrangeiro implica reincidência, uma vez que a sentença estrangeira só precisa ser homologada para sua execução no Brasil, de acordo com os arts. 105, I, i, da Constituição Federal (CF), 784 do Código de processo penal (CPP) e 9º do Código penal (CP). (CAPEZ, 2018)

Se o agente cumpriu pena de multa, anteriormente, é reincidente, pois a lei fala em crime anterior independentemente da pena imputada. (CAPEZ, 2018)

A reincidência é valorada na circunstância judicial de culpabilidade do réu. (REALE JÚNIOR, 2020)

A reincidência não é excluída pela reabilitação criminal. (CAPEZ, 2018)

No tocante à extinção da punibilidade em relação ao crime anterior, ocorrendo antes do trânsito em julgado, o crime anterior não é contabilizado para efeitos de reincidência. Contudo, se ocorrer a *posteriori* só será desconsiderado em caso de anistia e *abolitio criminis*. Assim, há reincidência no caso de prescrição da pretensão executória, porém, no caso de prescrição da pretensão punitiva, não. (CAPEZ, 2018)

A extinção da pena pelo seu cumprimento não retira a reincidência caso não ocorra o que dispõe o art. 64, I, do CP. (CAPEZ, 2018)

A suspensão condicional do processo, art. 89 da Lei 9.099/95, não gera reincidência, tendo em vista que é apenas uma transação, não uma condenação. Ademais, em transação penal a imposição de penas restritivas de direito e multa não geram reincidência, nos termos do art. 76, § 4º, da Lei 9.099/95. (CAPEZ, 2018)

Não geram reincidência a composição civil homologada (art. 74, § único, Lei 9.099/95) e o perdão judicial (art. 120 do CP). (CAPEZ, 2018)

Os crimes militares próprios e os políticos não induzem reincidência. (CAPEZ, 2018)

Segundo Fernando Capez, a reincidência gera os seguintes efeitos:

i) agrava a pena privativa de liberdade (art. 61, I, do CP); ii) constitui circunstância preponderante no concurso de agravantes (art. 67 do CP); iii) impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando houver reincidência em crime doloso (art. 44, II, do CP); iv) impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa (art. 60, § 2º, do CP); v) impede a concessão de *sursis* quando o crime for doloso (art. 77, I, do CP); vi) aumenta o prazo de cumprimento de pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II, do CP); vii) impede o livramento condicional nos crimes previstos na Lei de Crimes Hediondos, quando se tratar de reincidência específica (art. 5º da Lei n. 8.072/90); viii) interrompe a prescrição da pretensão executória (art. 117, VI, do CP); ix) aumenta o prazo da pretensão executória (art. 110 do CP); x) revoga o *sursis*, obrigatoriamente, em caso de condenação em crime doloso (art. 81, I, do CP), e facultativamente, no caso de condenação, por crime culposo ou contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 81, § 1º, do CP); xi) revoga o livramento condicional, obrigatoriamente, em caso de condenação por crime ou contravenção a pena que não seja privativa de liberdade (art. 87 do CP); xii) revoga a reabilitação quando o agente for condenado a pena que não seja de multa (art. 95 do CP); xiii) impede a incidência de algumas causas de diminuição de pena (arts. 155, § 2º, e 171, § 1º todos do CP); xiv) obriga o agente a iniciar o cumprimento da pena de reclusão em regime fechado (art. 33, § 2º, *b e c*, do CP); xv) obriga o agente a iniciar o cumprimento da pena de detenção em regime semiaberto (art. 33, 2ª parte, § 2º, *c*); xvi) [...]; xvii) autoriza a prisão preventiva, se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64 do CP (CPP, art. 313, II). (CAPEZ, 2018, v. 1, ps. 616-617)

Antecedentes: São avaliados de acordo com o que consta na folha de antecedentes criminais. Se esta contiver alguma condenação anterior, é necessário pedir a certidão detalhada de tal julgamento. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Antecedentes, segundo Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 827): “cuida-se de tudo o que existiu ou aconteceu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, a sua vida pregressa em matéria criminal. Conforme dispõe a Súmula 444 do STJ, somente são antecedentes as condenações com trânsito em julgado.”

Há divergência quanto a se aplicar a prescrição quinquenal da reincidência aos antecedentes. Existem duas posições: a) as condenações anteriores irrecorríveis, continuariam



a gerar maus antecedentes, mesmo após o prazo de 5 anos; b) o prazo previsto no art. 64, I, do CP, também se aplicaria aos maus antecedentes. Fernando Capez concorda com a primeira posição. (CAPEZ, 2018)

Ademais, não se considera ações penais cujo réu fora absolvido e inquéritos policiais já arquivados. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Conduta social: refere-se ao comportamento do agente em sociedade. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Conduta social, segundo Guilherme de Souza Nucci:

é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução. [...] (NUCCI, 2017, p. 827)

Personalidade do acusado: Nesse quesito leva-se em conta, principalmente, a periculosidade do réu. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Personalidade, segundo Guilherme de Souza Nucci:

trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e socioambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para sua evolução. Esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice. É o modo de ser das pessoas, seu comportamento habitual, sua maneira de reagir às ações de terceiros. (NUCCI, 2017, p. 827)

Motivos do crime: fatores e razões pelas quais o réu comete o crime, precedentes psicológicos. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Circunstâncias do crime: Refere-se ao *modus operandi* do crime, os instrumentos utilizados, se de duração prolongada, forma de abordagem etc. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Consequências do crime: refere-se a prejuízos patrimoniais causados à vítima ou a outrem e às sequelas deixadas na vítima e demais pessoas afetadas. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Comportamento da vítima: Verificar se a vítima estimulou o cometimento do crime ou influenciou negativamente o réu, se houve ocorrência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

A revelia do acusado não é circunstância judicial, portanto, não influencia em sua pena. (CAPEZ, 2018)

O art. 59 do Código Penal é de suma importância, porque é a referência para que o juiz escolha a pena-base, fixe o seu montante, determine regime inicial e faça a substituição da pena, se for o caso. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

#### *1.3.1.1 Vedação ao “bis in idem”*

Constitui-se na vedação da mesma circunstância ser utilizada mais de uma vez na dosimetria da pena. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Existem critérios de prevalência, de maior e menor grau, dentre as circunstâncias:

- 1) Elementares e qualificadoras prevalecem em relação às causas de aumento, agravantes genéricas e circunstâncias judiciais. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)
- 2) Há preferência das causas de aumento e diminuição em relação às agravantes e atenuantes genéricas, que, por sua vez, têm prevalência em relação às circunstâncias judiciais. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Tem-se, então, a Súmula 241/STJ, *in verbis*: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.”

Após a conclusão da primeira fase, a pena-base deve estar dentro dos limites previstos em abstrato para a infração penal. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Logo após a determinação da pena-base, passa-se a analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes, arts. 61 a 65 do Código Penal. (GRECO, 2016)

### **1.4 Segunda fase da fixação da pena**

Hora da aplicação das agravantes e atenuantes genéricas. Genéricas por estarem na Parte Geral do Código, podendo ser aplicadas, então, a todos os crimes, desde que não constituam qualificadoras ou elementares do delito. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Agravantes e atenuantes, segundo Guilherme de Souza Nucci:

são circunstâncias legais, objetivas ou subjetivas, que aderem ao delito sem modificar a sua estrutura típica, influenciando apenas na quantificação da pena – para mais (agravantes) ou para menos (atenuantes) – em razão da particular culpabilidade do agente, devendo o juiz elevar ou minorar a pena dentro do mínimo e do máximo, em abstrato, previstos em lei. (NUCCI, 2017, p. 828)

Montante do aumento: É a critério do juiz, na prática o aumento ou diminuição é, geralmente, de um sexto. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Nesse momento, a pena pode ser diminuída ou aumentada além do mínimo e do máximo. Contudo, em relação a este tema tem-se a Súmula 231/STJ, *in verbis*: (GRECO, 2016) “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Esta interpretação é contrária ao que reza o art. 65 do Código Penal, pois neste artigo não há exceção, as circunstâncias sempre atenuam a pena. Tal interpretação inviabiliza o direito do sentenciado e em alguns casos o juiz aumenta a pena-base só para poder aplicar alguma atenuante. Ela se sustenta sob o argumento de que o juiz estaria legislando caso diminuísse ou aumentasse a pena aquém do mínimo ou máximo, e isso não convence já que o art. 59 do Código Penal só proíbe sair dos limites a pena-base, nada dizendo com relação às outras fases. (GRECO, 2016)

Por derradeiro, se houver concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes, o limite deve ficar mais próximo das preponderantes, segundo o art. 67 do Código Penal. (GRECO, 2016)

#### ***1.4.1 Circunstâncias agravantes e atenuantes legais obrigatórias***

As agravantes legais do art. 61 do CP são aquelas características que não utilizadas na constituição e qualificação do crime. Já as relacionadas ao art. 62 do CP são aquelas utilizadas em crimes com concurso de pessoas. (BITENCOURT, 2018)

É muito importante se observar se agravantes não constituem elementares, qualificadoras, ou majorantes, para não ocorrer o *bis in idem*. (BITENCOURT, 2018)

A quantidade de diminuição ou aumento das agravantes e atenuantes não é estabelecida pelo Código Penal, ficando a cargo do juiz tal quantificação, não se devendo determiná-las no limite mínimo das majorantes e atenuantes, caso contrário, se equivaleriam às causas modificadoras da pena, já que o próprio Código considera uma escala valorativa para agravante,

majorante e qualificadora, também para privilegiadora, minorante e atenuante. Entretanto, nas majorantes e minorantes o Código determina a quantidade. (BITENCOURT, 2018)

#### ***1.4.2 Circunstâncias agravantes genéricas de aplicação obrigatória***

As circunstâncias agravantes são analisadas em torno de um valor. (REALE JÚNIOR, 2020).

A definição legal do instituto da reincidência: primário é aquela pessoa que nunca suportou condenação irrecorrível. Reincidente é a pessoa que cometeu crime após o trânsito em julgado de crime anterior, e antes de decorrido o prazo de 5 (cinco) anos deste, ou do cumprimento da pena. (BITENCOURT, 2018)

A motivação agravante, quando não constitui ou qualifica o crime: a vontade criminosa é impulsionada pelos motivos. Assim, não existe crime gratuito ou sem motivo, tendo sua importância definida pela natureza social ou moral presente na sociedade. O agente pode cometer a atividade delituosa por motivo torpe e/ou fútil. (BITENCOURT, 2018)

Finalidades agravantes, quando não constituem ou qualificam o crime: os motivos, meios e modos do crime são adicionados a seus fins. No art. 61, II, b, do CP, não é relevante que o agente aja no interesse próprio ou de terceiro. São utilizadas no crime-meio, caso o crime-fim não se consuma, não importando se aquele fora praticado antes ou depois do crime principal. (BITENCOURT, 2018)

Logo, são elas: reincidência; motivo fútil; motivo torpe; finalidade de facilitar ou assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime; à traição, emboscada, dissimulação ou qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; contra ascendente, descendente, cônjuge ou irmão; com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida; quando o ofendido estava sob proteção da autoridade; em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou de desgraça particular do ofendido; em estado de embriaguez preordenada; promover ou organizar a cooperação no crime; dirigir a atividade dos demais; coagir ou induzir outrem à execução material do crime; instigar ou determinar a cometer crime

alguém que esteja sob sua autoridade ou não seja punível em virtude de condição ou qualidade pessoal e executar crime ou dele participar em razão de paga ou promessa de recompensa. (CAPEZ, 2018)

#### ***1.4.3 Agravantes na hipótese de concurso de pessoas***

Do art. 62, do CP, depreende-se que cada agente deve ser punido na proporção de sua culpa. (BITENCOURT, 2018)

Promover, organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes: esta agravante não se aplica em crime praticado em coautoria simples, pois determina, no mínimo, a participação de 3 (três pessoas), de acordo com o art. 62, I, do CP. (BITENCOURT, 2018)

Coage ou induz outrem à execução material do crime: coagir e induzir estão equiparados na lei, embora possuam significados distintos. (BITENCOURT, 2018)

#### ***1.4.4 Circunstâncias genéricas atenuantes***

De aplicação obrigatória, atenuam a pena, conforme os arts. 65 e 66 do CP. São elas: ser o agente menor de 21 anos na data do fato; ser o agente maior de 70 anos na data da sentença; desconhecimento da lei; motivo de relevante valor social ou moral; ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências; reparação do dano até o julgamento; praticar o crime sob coação moral resistível, obediência de autoridade superior, ou sob influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima; confissão espontânea da autoria do crime perante a autoridade e praticar o crime sob influência de multidão em tumulto, se não o provocou. (CAPEZ, 2018)

A esse respeito tem-se a Súmula 231/STJ, já mencionada, e as Súmulas:

74/STJ: “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.”

545/STJ: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”

### 1.5 Terceira fase da fixação da pena

Considera-se as causas de aumento e diminuição da pena, circunstâncias previstas na Parte Geral ou Especial do CP. Uma causa de aumento ocorre quando a lei faz uso de soma ou multiplicação. Se forem evidenciadas duas ou mais causas de aumento ou diminuição, constantes da Parte Especial, o juiz poderá fazer uso somente de uma, a maior. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Conceitos de causas de aumento e diminuição e exemplos, segundo Guilherme de Souza Nucci:

são causas obrigatórias ou facultativas de aumento ou de diminuição da pena em quantidades fixadas pelo próprio legislador, porém sem estabelecer um mínimo e um máximo para a pena. Chamam-se, ainda, *qualificadoras em sentido amplo*. Exemplos de causas legais genéricas, previstas na Parte Geral do Código Penal: arts. 14, parágrafo único; 16; 21, parte final; 24, § 2º; 26, parágrafo único, 28, § 2º; 29, § 1º e 2º; 69; 70 e 71. Exemplos de causas legais específicas, previstas na Parte Especial do Código Penal: arts. 121, § 1º e 4º; 129, §4º; 155, § 1º; 157, § 2º; 158, § 1º; 168, § 1º, 171, § 1º; 226 etc. As causas de aumento e de diminuição, por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, como também admitem o estabelecimento da pena abaixo do mínimo. Podem ser previstas em *quantidade fixa* (ex.: art. 121, § 4º, determinando o aumento de 1/3) ou em *quantidade variável* (ex.: art. 157, § 2º, determinando um aumento de 1/3 até a metade). (NUCCI, 2017, p. 829)

No que se refere à terceira fase de aplicação da pena tem-se as causas de aumento e diminuição. Faz-se importante, agora, diferenciar as circunstâncias agravantes e atenuantes e as causas de aumento e diminuição da pena. As circunstâncias atenuantes e agravantes estão presentes na parte geral do Código Penal, e a quantidade de aumento ou diminuição é analisada pelo juiz. Já as causas de diminuição e aumento podem vir previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal. (GRECO, 2016)

Nesta fase, não há a discussão se a pena pode ir além do mínimo ou máximo, se não, por exemplo, a pena do crime tentado deveria ser sempre a mesma do consumado. (GRECO, 2016)

Quando há concursos de causas de aumento ou diminuição previstas na parte especial, o juiz pode considerar apenas uma que mais aumente ou mais diminua. (GRECO, 2016)

Pluralidade de qualificadoras: as outras qualificadoras, que não foram utilizadas para o estabelecimento da pena em abstrato, devem servir para exasperar a pena, sendo consideradas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, exceto no crime de homicídio. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Conceitos de qualificadoras e privilégios e exemplos, segundo Guilherme de Souza Nucci:

são circunstâncias legais que estão jungidas ao tipo penal incriminador, aumentando ou diminuindo a pena obrigatoriamente, dentro de um mínimo e um máximo previstos pelo legislador (exemplos de qualificadoras: homicídio qualificado, do art. 121, § 2º; furto qualificado, do art. 155, § 4º; quanto ao privilégio, temos: corrupção privilegiada, do art. 317, § 2º; explosão privilegiada, do art. 251, § 1º; favorecimento pessoal privilegiado, do art. 348, § 1º; entre outros). Por vezes, a figura privilegiada do crime vem prevista em tipo autônomo, como aconteceu no caso do homicídio. O verdadeiro homicídio privilegiado é o infanticídio, inserido no art. 123. A diferença fundamental entre a causa de aumento e a qualificadora consiste na alteração feita pelo legislador dos valores mínimos e máximos no caso desta última. Enquanto para a causa de aumento existe um aumento adicionado à pena prevista para o tipo básico (ex.: o furto noturno prevê o aumento de 1/3 sobre a pena do furto simples – de 1 a 4 anos), no caso da qualificadora o legislador altera a faixa de fixação da pena (ex.: o furto qualificado passa a ter penas de 2 a 8 anos). (NUCCI, 2017, p. 829)

As causas de aumento e diminuição são aplicadas na última fase da dosimetria da pena, sendo regidas pelo art. 68 do CP. Nesta fase, a pena pode ficar acima ou abaixo dos limites legais. (CAPEZ, 2018)

Ademais, tem-se as qualificadoras que alteram os limites mínimo e máximo da pena. Não entram em nenhuma fase da fixação da pena, precedem tais fases. (CAPEZ, 2018)

## 1.6 Conflito e concurso entre as circunstâncias

Na Lei 7.209/84, no que se refere à circunstâncias agravantes e atenuantes, o aspecto subjetivo é ressaltado. (REALE JÚNIOR, 2020)

No conflito entre agravantes e atenuantes, na segunda fase de fixação da pena, utiliza-se o art. 67 do CP, no qual são preponderantes os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência. Contudo, a preferência dentre todas as circunstâncias é a menoridade na data do fato. (CAPEZ, 2018)

Já no conflito entre circunstâncias judiciais, prevalecem as relacionadas à personalidade do agente, aos motivos do crime e aos antecedentes. Relevante destacar que no caso de crimes de tráfico de drogas, o art. 42 da Lei 11.343/2006, diz: “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”. (CAPEZ, 2018)

No que se refere ao conflito entre circunstâncias judiciais e circunstâncias legais agravantes e atenuantes, não há conflito, pois são tratadas em fases distintas da fixação da pena. (CAPEZ, 2018)

No tocante ao concurso entre agravantes genérica e qualificadora, se o crime possuir mais de uma qualificadora, uma será utilizada para qualificar o crime, já para o uso da outra, há duas posições: a) utilizada como circunstância judicial, art. 59 do CP, na primeira fase da fixação da pena; b) utilizada como agravante, na segunda fase da dosagem da pena. Fernando Capez segue a segunda posição. (CAPEZ, 2018)

Referentemente ao concurso entre causas de aumento de pena da Parte Geral e da Parte Especial, incide os dois aumentos, devendo o primeiro ser o da causa específica, logo após o da parte geral sob o montante total contando o primeiro aumento. (CAPEZ, 2018)

Demais disso, no concurso entre causas de aumento situadas na Parte Especial e no concurso entre causas de diminuição previstas na Parte Especial fica a encargo do juiz, aplicando-se o art. 68 do CP. (CAPEZ, 2018)

Relevante observar que no concurso de causas de aumento ou causas de diminuição, todos da Parte Especial, o juiz pode aplicar ambos os aumento e diminuições, sendo que o segundo aumento ou diminuição incidirá sobre a pena-base. (CAPEZ, 2018)

Por fim, no enfrentamento entre agravantes e atenuantes, se agravante e a atenuante forem simples, anulam-se; se agravante for preponderante e atenuante simples, a agravante anula a atenuante e vice-versa; se as duas forem preponderantes, também, anulam-se; duas agravantes simples e uma atenuante preponderante, anulam-se e vice-versa. Importante observar a personalidade do agente para definir as agravantes e atenuantes preponderantes. (NUCCI, 2017)

## **1.7 Concurso de crimes**

Quando um crime é cometido por vários sujeitos tem-se o concurso de pessoas, porém pode-se ter uma pessoa cometendo dois ou mais crimes, daí tem-se o concurso de crimes ou *concursum delictorum*. (BITENCOURT, 2018)

O concurso pode ocorrer entre crimes de qualquer espécie, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados, também entre crimes e contravenções. Logicamente quem comete mais de um crime não poderá ter a mesma pena de



quem comete somente um. Então, tem-se tratamento diferenciado no que tange à aplicação da pena para os diferentes concursos de crimes. (BITENCOURT, 2018)

Alguns sistemas utilizados na doutrina na aplicação da pena nos diversos concursos de crimes: (BITENCOURT, 2018)

- a) **Cúmulo material** – consiste na soma das penas de cada um dos delitos dentro do concurso. Existe crítica a esse sistema, pois pode-se ter penas muito longas e desproporcionais com consequências ruins. Talvez o agente do delito possa ser ressocializado com pena menor. (BITENCOURT, 2018)
- b) **Cúmulo jurídico** – a pena deve ser maior do que a pena de cada um dos delitos, contudo não se constitui na soma delas. (BITENCOURT, 2018)
- c) **Absorção** – a pena do delito mais grave engloba a do menos grave, sendo este desprezado. Existe crítica a esse sistema, pois os delitos menores ficariam sem reprimenda. Se cometer um crime grave, os demais crimes menores não seriam contabilizados. Uma benesse para quem já cometeu crime. (BITENCOURT, 2018)

O Brasil adota dois desses sistemas: o cúmulo material e o cúmulo jurídico. (BITENCOURT, 2018)

O sistema de cúmulo jurídico para Fernando Capez chama-se sistema de exasperação da pena. (CAPEZ, 2018)

### ***1.7.1 Espécies de concurso de crimes***

Concurso material, segundo Nucci (2017, p. 862): “configura-se quando o agente pratica várias ações, provocando diversos resultados, somando-se as penas de todos os delitos (art. 69, CP).”

É necessário que o juiz individualize cada uma das penas para só depois somá-las. (NUCCI, 2017)

Observe-se a Súmula 81/STJ, *in verbis*: “Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.”

Concurso formal, segundo Nucci (2017, p. 862): “significa que o agente pratica uma conduta e gera dois ou mais resultados. Toma-se o resultado mais grave e aplica-se o aumento de 1/6 a metade.”

No que diz respeito ao grau de aumento de pena, o acréscimo é de no mínimo um sexto e no máximo de metade. O julgador deverá utilizar-se do mesmo critério do crime continuado, de acordo com o número de resultados ocasionados pela ação do agente; ou seja, dois resultados, aumenta-se de um sexto, vários resultados, aumenta-se de metade. (NUCCI, 2017)

Pode haver, ainda, concorrência de concursos, como, por exemplo, dois concursos formais em continuidade delitiva. Neste caso, há duas correntes: na primeira, aplica-se o aumento do concurso formal e do crime continuado; na segunda, aplica-se somente o aumento do crime continuado, pois nele pressupõe-se várias ações delituosas em um crime em continuidade. Pouco importando se as condutas eram em concurso formal, todas se transformam em um único delito. (NUCCI, 2017)

Concurso formal próprio, segundo Nucci (2017, p. 872): “é exatamente a situação descrita para o concurso formal, levando-se em conta que o agente agiu com dolo e/ou culpa no tocante aos resultados.”

Concurso formal impróprio, segundo Nucci (2017, p. 862): “trata-se da conduta do agente que se volta contra mais de um bem jurídico, ciente de que causará mais de um resultado. Portanto, não merece o benefício do concurso formal. Deve-se simplesmente somar as penas.”

No que concerne ao concurso formal perfeito e imperfeito, tem-se o perfeito na primeira parte do art. 70 do Código Penal, e o imperfeito na segunda parte desse mesmo artigo. (NUCCI, 2017) Há também o concurso formal homogêneo, em que os resultados são idênticos e o heterogêneo, em que os resultados são diversos. (CAPEZ, 2018)

Assim, em síntese, segundo Nucci, no concurso formal, pode-se sustentar:

- a) havendo dolo quanto ao crime desejado e culpa quanto ao(s) outro(s) resultado(s) na mesma ação, trata-se de concurso formal perfeito;
- b) havendo dolo quanto ao delito desejado e dolo eventual no tocante ao(s) outro(s) resultado(s) da mesma ação, há concurso formal perfeito;
- c) havendo dolo quanto ao delito desejado e também em relação aos efeitos colaterais, deve haver concurso formal imperfeito. Lembramos que o dolo direto pode ser de 1º e de 2º graus, o que é suficiente para configurar o concurso formal na modalidade imprópria ou imperfeita.” (NUCCI, 2017, p. 846)

Muitas vezes, não é fácil diferenciar quando o criminoso atua com desígnios autônomos. Na dúvida, aplica-se o concurso formal perfeito ou próprio. (NUCCI, 2017)

Acerca do concurso material favorável ou benefício, tem-se o parágrafo único do art. 70 do Código Penal. O concurso é formal, porém se aplica a regra do concurso material. (NUCCI, 2017)

Crime continuado, segundo Nucci:

significa que o agente pratica duas ou mais ações, provocando dois ou mais resultados, mas em condições de tempo, espaço e forma de execução diferenciadas, nos termos do art. 71 do Código Penal. Assim sendo, aplica-se a pena de um único crime, acrescido de 1/6 a 2/3. (NUCCI, 2017, p. 862)

É a espécie que mais apresenta discussão doutrinária e jurisprudencial. Deve ser sempre empregada para beneficiar o réu, conforme parágrafo único do art. 71 do Código Penal. (GRECO, 2016)

Há três teorias sobre a natureza jurídica do crime continuado, a teoria da unidade real, a teoria da ficção jurídica e a teoria mista. Pela teoria da unidade real considera-se como crime único várias condutas que sozinhas constituiriam crime. Na teoria da ficção jurídica as várias ações do agente, consideradas sozinhas, já consistiam em infrações penais, são juntadas e fictamente consideradas como um delito só. Por fim, na teoria mista admite no crime continuado um terceiro crime, derivado do próprio concurso. (GRECO, 2016)

A lei penal brasileira adotou a teoria da ficção jurídica, devendo a pena do agente ser exasperada, quando se entende pela continuidade delitiva. (GRECO, 2016)

O crime continuado pode ser comum, realizado sem violência ou grave ameaça, ou específico, realizado com violência ou grava ameaça. (CAPEZ, 2018)

Quanto aos requisitos e consequências do crime continuado, segundo Rogério Greco, tem-se:

Requisitos:

- a) mais de uma ação ou omissão;
- b) prática de dois ou mais crimes, da mesma espécie;
- c) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes;
- d) os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro.

Consequências:

- a) aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas, aumentada de um sexto a dois terços;
- b) aplicação da mais grave das penas, se diversas, aumentada de um sexto a dois terços;
- c) nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas, aumentada até o triplo;
- d) nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aplicação da mais grave das penas, se diversas, aumentada até o triplo. (GRECO, 2016, p. 724)

### **1.7.2 Aplicação da pena no concurso de crimes**

Na sentença que reconhecer haver o concurso de crimes, o juiz deve analisar cada crime individualmente, após deverá aplicar as regras dos concursos correspondentes. (GRECO, 2016)

No que se refere às causas especiais de aumento de pena, analisa-se cada majoração da sanção penal para cada delito, não caracterizando dupla incidência. (CAPEZ, 2018)

Importante observar o que reza o art. 119 do Código Penal, não se aplicando a prescrição sobre o total da pena, mas sim sobre cada uma das infrações isoladamente. (GRECO, 2016) Começando a correr a contagem do prazo quando cada um dos crimes atinge sua fase consumativa. (CAPEZ, 2018)

A incidência do aumento de pena no crime continuado é sobre o montante da pena aumentado ou diminuído pelas circunstâncias agravantes ou atenuantes, e não sobre a pena-base. (CAPEZ, 2018)

A pena nas hipóteses de concurso formal homogêneo como componente do crime continuado decorre da aplicação do aumento apenas da continuidade delitiva, se não ocorreria o *bis in idem*. (CAPEZ, 2018)

Sistema de aplicação da pena de multa no concurso de crimes: a) concurso formal imperfeito e material é regido pelo art. 72 do CP; b) crime continuado há controvérsias se seguiria o art. 72 ou o art. 71 do CP. A doutrina majoritária entende que aplicação cumulativa da pena de multa é válida para todos os concursos de crimes. (CAPEZ, 2018)

## **2 DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA**

A prisão é um mundo próprio, com código de conduta ditado não pela administração penitenciária, mas, sim, pelo poder de fato da cadeia, no qual dificilmente o preso manterá resguardadas sua personalidade e saúde mental. O preso é sociabilizado para viver nela, não no mundo dos livres. (REALE JÚNIOR, 2020)

O objetivo final da pena deve ser humanizar e punir. (REALE JÚNIOR, 2020)

São três as espécies das penas privativas de liberdade:

- i) Reclusão;
- ii) Detenção;
- iii) Prisão simples. (CAPEZ, 2018)

Os regimes penitenciários também são três:

- i) Fechado;
- ii) Semiaberto;
- iii) Aberto. (CAPEZ, 2018)

### **2.1 Considerações preliminares**

Com observância dos arts. 110 da Lei de execuções penais (LEP) e 33 do CP, o juiz determinará o regime inicial de cumprimento de pena. (CAPEZ, 2018)

A regra geral é extraída do art. 33, do CP. Seu § 1º, estabelece como se dá cada um dos regimes. Mais detalhes podem ser observados na Lei de execuções penais (7.210/1984), nos arts. 110 e ss. (BUSATO, 2020)

Já o § 2º do art. 33 do CP trata da progressão de regime. (BUSATO, 2020)

Há casos, na justiça paranaense, em que os condenados de regimes mais leves são obrigados a cumprirem penas em estabelecimentos de regimes mais graves, uma verdadeira violação do princípio da legalidade. (BUSATO, 2020)

Importante observar que na falta de vaga em estabelecimento prisional próprio, o condenado não pode cumprir pena em regime mais gravoso do que o determinado a ele. (GRECO, 2019)

## 2.2 Sentença omissa quanto ao regime inicial

Se não for expresso o regime inicial da pena na sentença, deverá ser aplicado o mais benéfico ao réu, dentre os cabíveis. (CAPEZ, 2018)

## 2.3 Gravidade do delito e regime inicial fechado

Segundo Fernando Capez:

A gravidade do delito por si só não basta para determinar a imposição do regime inicial fechado, sendo imprescindível verificar o conjunto das circunstâncias de natureza objetiva e subjetiva previstas no art. 59 do CP, tais como grau de culpabilidade, personalidade, conduta social, antecedentes etc., salvo se, devido à quantidade da pena, for obrigatório aquele regime. (CAPEZ, 2018, v. 1, p. 475)

A esse respeito tem-se a Súmula 718 do STF, *in verbis*: “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.”

Pode-se citar também a Súmula 440 do STJ, *verbis*: “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.”

Ressalte-se que se pode impor regime inicial mais severo tendo-se como fundamento a gravidade concreta do crime e circunstâncias envolvendo a sua prática. (CAPEZ, 2018)

## 2.4 Regimes penitenciários iniciais da pena de reclusão

Segundo Miguel Reale Júnior (2020, p. 250), cabe “reclusão aos crimes mais graves”.

Tem-se os seguintes regimes:

- i) Pena maior do que 8 anos: fechado;
- ii) Pena entre 4 e 8 anos: semiaberto;
- iii) Menor do que 4 anos: aberto;
- iv) Condenado reincidente: sempre fechado. (CAPEZ, 2018)

Pelo art. 77, § 1º, do CP, há a possibilidade do reincidente ser sentenciado a regime aberto, se anteriormente ele fora condenado somente à pena de multa. (CAPEZ, 2018)

Os casos de reincidentes com pena não superior a 4 anos regem-se pelo § 3º do art. 33 do CP. Devendo as circunstâncias do art. 59 do CP serem sopesadas de maneira qualitativa, não matematicamente. (BUSATO, 2020)

Nesse sentido, tem-se a Súmula 269 do STJ, *in verbis*: “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.”

Fernando Capez discorda desta posição pelo que reza o art. 33, § 2º, b e c, do CP, sendo o regime correto para o reincidente o fechado. (CAPEZ, 2018)

Já na opinião de Paulo César Busato, a reincidência pode derivar de fatores pessoais e conjunturais, neste último caso, não concorda que o réu seja prejudicado com esta circunstância. A realidade político-criminal do legislador não corresponde com a realidade dos dias atuais, necessitando de uma reforma legislativa, não sendo possível decidir contra a lei. (BUSATO, 2020)

v) Circunstâncias do art. 59 do CP desfavoráveis: fechado.

Se a pena não for superior a 8 anos, pelo que dispõe o art. 33, § 2º, a, b e c, do CP c/c com o art. 59 do CP, o regime inicial fechado deve ser bem fundamentado. (CAPEZ, 2018)

Então, tem-se a Súmula 719 do STF, *verbis*: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

## **2.5 Regimes penitenciários iniciais da pena de detenção**

Segundo Miguel Reale Júnior (2020, p. 250), cabe “detenção aos crimes de menor reprovabilidade”.

Tem-se os seguintes regimes:

- i) Maior do que 4 anos: semiaberto;
- ii) Igual ou menor do que 4 anos: aberto;
- iii) Condenado reincidente: semiaberto;

iv) Circunstâncias do art. 59 do CP desfavoráveis: semiaberto. (CAPEZ, 2018)

De acordo com o art. 33, *caput*, do CP, o regime inicial da detenção só pode ser o semiaberto ou aberto. (CAPEZ, 2018)

O STJ admite regime fechado no caso de regressão (HC 36.162/MG 2004/0082995-3). (CAPEZ, 2018) Neste caso, se a pena de detenção unificada com outra preexistente tornar incabível os regimes aberto ou semiaberto e tornar necessário a transferência do preso seguir-se-á o que dispõe o art. 75, § 2º, do CP ou art. 118, II, da Lei n. 7.210/1984. (BUSATO, 2020)

## **2.6 Regime inicial na pena de prisão simples**

A pena deve ser cumprida sem rigor penitenciário nos regimes semiaberto ou aberto (LCP, art. 6º). (CAPEZ, 2018)

Diferencia-se da detenção, pois a lei não permite o regime fechado nem no caso de regressão. (CAPEZ, 2018)

## **2.7 Soma e unificação de penas para aplicação da regra do concurso de crimes e regime inicial de cumprimento de pena**

O regime inicial de cumprimento de pena determina-se pelo total imposto, podendo ser a soma, no caso de concurso material ou formal imperfeito, ou exasperação, nos casos de concurso formal perfeito e crime continuado. (CAPEZ, 2018)

Havendo pena de reclusão, o regime inicial será determinado conforme a regra geral já mostrada, dependendo do número de anos da condenação e se reincidente. Ademais, vale a regra da detenção já mostrada, dependendo do número de anos da condenação e se houve regressão. (CAPEZ, 2018)

Far-se-á novo cálculo do regime a ser cumprido, em caso de incidência de nova condenação durante a execução, somando-se ou unificando-se as penas. (CAPEZ, 2018)

Se houver condenações por processos diferentes, faz-se a soma ou unificação das penas, só, então, determina-se o regime inicial. (CAPEZ, 2018)



## **2.8 A questão da aplicabilidade de regime inicial menos gravoso e da substituição da pena privativa de liberdade nos crimes de tráfico de drogas**

Relevante é a discussão se para crimes hediondos ou equiparados seria possível a incidência de regime inicial diferente do fechado, bem assim se seriam aplicáveis as regras gerais para substituição de penas restritivas de liberdade pelas restritivas de direito. Nesse quadro se encaixam os crimes de tráfico de drogas, os quais não empregam violência ou grave ameaça à pessoa e podem ser agraciados com a pena de substituição. (BUSATO, 2020)

Segundo Paulo César Busato:

A Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, com redação dada pela Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, em seu art. 2º, § 1º, estabelece que a pena por crime hediondo, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, será cumprida em regime inicialmente fechado, admitindo-se a progressão na forma do art. 112 da Lei 7.210/84, com redação dada pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. (BUSATO, 2020, v. 1, p. 732)

A lei 11.343/2006, em seu art. 44, veda a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. Então, legalmente falando, o regime inicial nesses casos será o fechado sempre. (BUSATO, 2020)

Além disso, se não cabe a substituição para os crimes de tráfico, não caberia, também, para outros crimes hediondos. (BUSATO, 2020)

Contudo, como na lei de crimes hediondos não há tal vedação, alguns tribunais vêm aplicando a regime inicial diverso do fechado e penas substitutivas para crimes de tráfico de drogas. Mais do que isso, consideram os crimes de tráfico de drogas, os quais se aplicam a redução de pena do art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006, como não equiparados a hediondos, podendo o regime inicial ser diferente do fechado e possível a substituição. (BUSATO, 2020)

Inicialmente, os praticantes de crimes hediondos deveriam cumprir suas penas integralmente em regime fechado. Porém, isso ofende a humanidade da pena, derivada dos princípios da intervenção mínima e da legalidade, encontrada no art. 5º da CF. (BUSATO, 2020)

### **3 ANÁLISE DE DECISÕES**

Neste capítulo serão tratadas as possibilidades de jurisprudência, tanto na dosimetria da pena, quanto na determinação do regime prisional inicial, nos crimes de tráfico de drogas.

Far-se-á comentários acerca das posições mais tomadas pelos Ministros do STJ nos acórdãos, utilizando-se da jurisprudência e Súmulas.

Analisou-se decisões no período compreendido entre 03/2019 e 03/2021, com enfoque maior em 2020. Assim, obteve-se acórdãos com diferentes possibilidades de casos concretos sobre o tema abordado, com utilização do método dedutivo.

Todos os acórdãos analisados tiveram concordância unânime com o voto do relator, nas turmas em questão.

#### **3.1 Dosimetria**

Neste subtópico serão mostradas as diferentes nuances para a reavaliação de alguma inobservância de direito, na pena aplicada, nos Tribunais de origem.

Se o delito for cometido nas imediações ou locais próximos dos estipulados por lei, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia ou que a droga tenha atingido diretamente as pessoas de tais locais para o cabimento da majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006. Vale destacar tais locais:

Art. 40

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

Pela jurisprudência do STJ, para a incidência de tal majorante não é necessária a análise da intenção do réu de comercializar drogas com os frequentadores de tais estabelecimentos, basta que o crime tenha sido ocorrido em suas imediações. Essa jurisprudência parece ser justa, pois há maior reprovabilidade e ousadia na traficância nas imediações de tais estabelecimentos.

É cabível a Súmula 568/STJ quando já for pacífico determinado entendimento no STJ, *in verbis*: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.”

Se o agente possuir inquéritos policiais ou ações penais em curso, tais fatos não podem ser considerados fundamentos para a valoração negativa das circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social, de acordo com a Súmula 444/STJ. Assim, nesse caso, não se pode valorar negativamente tais circunstâncias na primeira fase da dosimetria da pena, porém pode-se valorar negativamente a quantidade e natureza da droga. Isso porque ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado do processo, e considerar esses inquéritos e ações penais em curso seria ofensa ao princípio da presunção de inocência.

A reincidência pode ser causa de agravamento da pena na segunda fase.

A continuidade delitiva mesmo de dentro do presídio é fundamento idôneo para a incidência da causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, na terceira fase da dosimetria. Fato mais reprovável do que se estivesse traficando de fora do presídio, pois é uma afronta direta ao sistema prisional.

Assim, tem-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA INSERTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/2006. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVA MERCANCIA NO REFERIDO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 568/STJ. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA MANTIDA.

Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que, "Para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente atinja, diretamente, os trabalhadores, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades" (AgRg no AREsp n. 730.717/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Dje de 23/3/2017).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1879672/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 15/12/2020)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO INVÁLIDA. EXCLUSÃO. PRETENDIDA ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO PELA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO

IDÔNEA APRESENTADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[..]

3. A conduta social e a personalidade do Paciente foram consideradas como circunstâncias judiciais negativas, em razão da sua reiteração em condutas criminosas. Entretanto, o fato de o Acusado possuir condenações anteriores ou ações penais em curso não pode ser considerado como fundamento idôneo para a valoração negativa da conduta social ou da personalidade, conforme precedentes desta Corte Superior e da Súmula n. 444/STJ.

4. A majoração da pena em 1/4 (um quarto), em decorrência da incidência da causa de aumento disposta no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, se mostra fundamentada e proporcional, pois, consoante asseverado pelas instâncias ordinárias, mesmo após a sua prisão, o Réu prosseguiu em sua empreitada criminosa, conduzindo, de dentro da unidade prisional, o fornecimento e o abastecimento de drogas em diversas cidades, como Volta Redonda/RJ e Barra Mansa/RJ.

5. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para redimensionar as penas do Paciente para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantido o regime prisional inicial fechado.

(HC 548.139/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

Nesse sentido: AgRg no HC 563027/SP, HC 515516/SP, AgRg no HC 283816/SP.

Ações penais em curso podem servir de fundamento para provar dedicação do agente às práticas delituosas, pois constituem-se em fortes evidências, fatos suficientes para impedir a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 33

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS EM CURSO. PRECEDENTES. SUMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA MANTIDA.

Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que "[...] embora ações penais "em curso" não possam ser utilizadas para o incremento da pena-base, podem servir como fundamento válido a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas e, por conseguinte, afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, delineamento evidenciado no caso em exame" (AgRg no AREsp n. 1.284.680/AM, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 8/3/2019).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1759488/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 15/12/2020)

Nesse sentido: AgRg no HC 621828/RS, AgRg no HC 638977/DF, AgRg no HC 628930/RS.

A determinação da pena-base, acima do mínimo legal, depende da discricionariedade dos julgadores de 1ª e 2ª instâncias, de acordo com o caso concreto.

A existência de outros processos criminais em curso, não servem para valorar negativamente a reincidência ou antecedentes do réu, conforme retromencionado, só devem ser valoradas após o trânsito em julgado. A propósito:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE MAJORADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. In casu, as instâncias ordinárias fundamentaram expressamente a majoração da pena-base, considerando a grande quantidade da droga apreendida - 25,602 quilos de haxixe (e-STJ, fl. 253) -, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Daí, não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva, como na hipótese.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1716406/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020)

O crime de tráfico de drogas consuma-se com a prática de qualquer dos verbos explicitados no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, sendo desnecessário comprovar ter o comércio como finalidade.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Na Lei 11.343/2006 o legislador quis diferenciar o tratamento entre o traficante ocasional, ou iniciante, e o traficante habitual, beneficiando o ocasional com a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de drogas. Para que incida tal minorante, é preciso preencher cumulativamente todos os requisitos legais, como primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, desse modo, a pena pode ser reduzida de 1/6 a 2/3. Tal diferenciação parece ser muito justa, pois o agente que se enquadra em tais requisitos não pode receber tratamento igual ao grande traficante. Contudo, em sede de STJ, caso seja necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório para a verificação da incidência ou não de tais requisitos, cabível a Súmula 7/STJ, *in verbis*: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.”

Nesse diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO. MODALIDADE TENTADA. NÃO OCORRÊNCIA. BENEFÍCIO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. ACUSADO QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. 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.

4. No presente caso, o Tribunal a quo, no ponto, consignou, a partir da análise das provas, que o acusado integra organização criminosa. Ora, para se acolher a tese de que o ora agravante não participa de organização criminosa, possibilitando a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp 1740701/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÕES PENAIS EM CURSO POR OUTROS CRIMES. 3 (TRÊS) ROUBOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ? STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. In casu, a sentença negou a aplicação da causa de diminuição de pena e o Tribunal de origem concedeu a minorante, sob o argumento de que ações penais em andamento não servem para afastar a causa de diminuição, o que diverge do posicionamento firmado neste Tribunal Superior. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp 1700992/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

Nesse sentido: AgRg no AREsp 1801313/SP, AgRg no HC 621378/SP, AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1744003/SC.

Os crimes de tráfico de drogas constituem-se em crimes contra a saúde pública, assim, possuem censura maior proporcionalmente à nocividade e quantidade da substância entorpecente apreendida. Há substâncias entorpecentes que, por exemplo, experimentadas uma única vez já causam dependência e danos à saúde, outras já levam mais tempo.

O flagrante com grande quantidade e variedade de drogas é importante indicativo da dedicação à atividade criminosa, pois o pequeno traficante não inicia a traficância com essas proporções. (BRASILEIRO, 2015)

A partir disso, a quantidade expressiva de droga encontrada com o agente provoca aumento da pena-base, de acordo com o art. 42 da Lei de drogas, e, geralmente, vem acompanhado de indícios de participação em organização criminosa o que impede a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Assim:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. 110KG (CENTO E DEZ QUILOS) DE MACONHA. A RELEVANTE QUANTIDADE DE DROGA É FUNDAMENTO APTO PARA JUSTIFICAR A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. CONFISSÃO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO NÃO UTILIZADO PARA CORROBORAR A CONDENAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE.

1. O entendimento firmado pelas instâncias de origem encontra-se em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte de que, quanto à dosimetria, no momento da fixação da pena-base dos crimes abarcados pela Lei n. 11.343/2006, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga apreendida, de acordo com o que dispõe o art. 42 da referida lei. De fato, como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa.

Precedentes.

2. Esta Corte é firme na compreensão de que, se a confissão espontânea não foi reconhecida pelas instâncias ordinárias, a desconstituição do que ficou estabelecido ensejaria o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório produzido ao

longo da marcha processual, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, marcado pela celeridade e sumariiedade na cognição.

Precedentes.

3. A Corte local deixou de aplicar a minorante respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/2006 e, ainda, com observância aos pormenores da situação concreta, notadamente a mecânica delitiva empregada pelos acusados, indicativa de participação em organização criminosa. Desse modo, desconstituir os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demanda ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 568.569/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART.33 DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DESCRITO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS. AUMENTO JUSTIFICADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A quantidade da droga apreendida justifica o aumento da pena-base, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tal circunstância em relação as demais previstas no art. 59 do Código Penal CP, não se constatando ilegalidade na dosimetria da pena básica do crime, tendo em vista a apreensão de cerca de 500g de droga (maconha).

Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 601.257/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

Nesse sentido: AgRG no HC 580.951/SC, HC 638637/SC, HC 625680/SP.

Não há *bis in idem* na utilização da quantidade e natureza da droga na primeira fase de aplicação da pena, para exasperação da pena-base e, na terceira fase, afastando a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de drogas, se houver outros indícios indicando participação em organização criminosa, pois o afastamento da minorante, conforme já mencionado, é baseado em evidências. Então, tem-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (1.330 G DE MACONHA E 26,3 G DE COCAÍNA). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 DO CP E 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VETOR JUDICIAL NEGATIVADO. CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. IDONEIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA LEI DE DROGAS. BIS IN IDEM. VERIFICAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ALÉM DA



NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS AGREGARAM FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAM IDONEAMENTE O NÃO RECONHECIMENTO DA MINORANTE, NOTADAMENTE A APREENSÃO DE APETRECHOS, BEM COMO O COMÉRCIO DE DROGAS HÁ CERCA DE DOIS MESES.

1. No que se refere à alegação de bis in idem na valoração da quantidade de droga, tanto para a exasperação da pena-base como para a não incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, verifica-se que o Juízo singular justificou o não reconhecimento da causa especial de diminuição de pena anotando que a prova acostada a estes autos indica, com a certeza necessária, que o réu Magno Rogério Alves Feitoza estava se dedicando à prática criminosa de comercializar substância entorpecente. Isto porque, não obstante a primariedade, as circunstâncias que envolveram a sua prisão, inclusive a apreensão de dinheiro, celular e insumos para embalagem da droga, somadas à quantidade elevada de substância entorpecente apreendida, cerca de 1.330 g (um quilo e trezentos e trinta gramas) de 'maconha' e 26,3 g (vinte e seis gramas e três decigramas) de 'cocaína', além da confissão em juízo no sentido de que há cerca de dois meses comercializa drogas conduzem à conclusão de que o denunciado não pode ser considerado pequeno traficante, de modo a atrair a aplicação do benefício legal. [...] Dessa forma, o quadro fático e a expressiva quantidade de droga apreendida mostram-se como circunstâncias aptas a impedir a aplicação do benefício redutor, uma vez denotadora de que o agente, para ter acesso às substâncias entorpecentes, tem se dedicado frequentemente à traficância.

2. As instâncias ordinárias apontaram fundamentos suficientes a justificar a não incidência da minorante, não se atendo, tão somente, à referida quantidade de entorpecente apreendido (1.330 g de maconha e 26,3 g de cocaína).

3. Embora a natureza e a quantidade de drogas apreendidas hajam sido sopesadas na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, certo é que há diversos outros elementos concretos que, efetivamente, justificam a impossibilidade de reconhecimento da minorante em questão, por ausência de preenchimento do requisito de "não se dedicar a atividades criminosas", de maneira que não há falar em bis in idem na dosimetria da pena (AgRg no REsp n. 1.582.644/MG, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 6/6/2018).

4. Não há bis in idem quando, embora tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a habitualidade delitiva do agente. Precedentes (HC n. 401.661/RS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18/8/2017).

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1879829/TO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem manteve afastada a incidência da minorante, por entender que as circunstâncias da prisão em flagrante - a movimentação da variada e expressiva quantidade de entorpecentes (19,61g de cocaína, 16,02g de maconha, 91,83g de crack), em concurso de agentes e em local conhecido como ponto de tráfico - evidenciam a habitualidade delitiva do réu e dos corréus. Logo, assentado no acórdão impugnado que o agravante se dedica a atividade criminosa, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.

3. Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 601.765/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020)

Nesse sentido: HC 638637/SC, HC 625680/SP, AgRg no HC 614387/SP.

Exemplo de caso idêntico ao ARE 666.334/AM, no qual a quantidade e natureza dos entorpecentes foram avaliados por si só:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGAS. BIS IN IDEM. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA NOVA DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. Por ocasião do julgamento do HC n. 112.776/MS - leading case sobre a discussão acerca do bis in idem nesses casos de dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas -, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa. Esse fato privilegia, de acordo com o Relator, Ministro Teori Zavascki, o poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria, como também o princípio constitucional da individualização da pena. Para o Relator, sopesar a natureza e a quantidade de drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza bis in idem.

3. Em 4/4/2014, a matéria foi objeto de nova apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral no ARE n. 666.334/AM, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se reafirmou o entendimento de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas apreendidas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena, em observância à vedação do bis in idem.

4. Uma vez que, no caso, a Corte estadual sopesou o mesmo elemento - quantidade de drogas apreendidas - tanto para fins de exasperação da pena-base quanto para justificar a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, houve ofensa ao princípio do ne bis in idem. Assim, deve ser determinado o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena do acusado, dessa vez com a utilização da

quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1905677/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 15/12/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MINUTA DE AGRAVO QUE NÃO INFIRMA ESPECIFICAMENTE O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA AFASTAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CONCEDIDO HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

[...]

7. Desse modo, com a ressalva do meu entendimento pessoal, impõe-se a reforma da dosimetria da pena, com a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de acordo com a orientação predominante do Supremo Tribunal Federal.

8. In casu, a quantidade de droga foi utilizada para majorar a pena-base. Portanto, aplica-se a minorante em seu patamar máximo, nos termos do ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu bis in idem na utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe 06/05/2014).

[...]

10. Agravo regimental desprovido. Concedido habeas corpus, de ofício, para, fazendo incidir a minorante do tráfico privilegiado, redimensionar as penas aos patamares de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal.

(AgRg no AREsp 1801313/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 19/03/2021)

Por outro lado, se a quantidade de drogas for pequena, não se exaspera a pena-base e incide a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Quanto à fração redutora, vai depender da quantidade, nocividade e variedade dos entorpecentes.

Pelos acórdãos analisados, considera-se, inexpressiva quantidade, algo em torno de 200g de entorpecentes, somados.

Outro ponto interessante, seria que a dosimetria da pena só pode ser revisada em sede de *Habeas Corpus*, se houver flagrante ilegalidade, devendo ser possível constatá-la sem a análise de questões fático-probatórias.

Neste diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (157,2 G DE MACONHA E 30 G DE

COCAÍNA). PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DA FRAÇÃO RELATIVA À CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO PATAMAR DE 1/6. ACÓRDÃO QUE, COM SUPORTE NA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO, APLICOU O REDUTOR EM PATAMAR MÍNIMO POSSÍVEL. DESPROPORCIONALIDADE FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE PARÂMETROS IDÔNEOS PARA JUSTIFICAR TAL RIGOR PUNITIVO. PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INVIABILIDADE DE EXASPERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PENAS-BASE ESTIPULADAS NO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. MANUTENÇÃO DO REGIME ABERTO QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, C, DO CP.

1. No que se refere à postulação atinente à fração de redução de pena prevista na Lei n. 11.343/2006, foi disposto na decisão agravada que, levando em consideração a falta de parâmetros idôneos que justifiquem o maior rigor punitivo, notadamente diante da primariedade dos recorrentes, tem-se por considerar inidônea a aplicação do redutor em fração diversa da máxima permitida, tendo em vista, ainda mais, a não expressiva quantidade de entorpecente apreendido.

2. O Tribunal de origem, ao aplicar o quantum de diminuição de pena na fração mínima possível (1/6), tendo como suporte a natureza e a quantidade de droga apreendida (30 g de cocaína e 157,2 g de maconha), bem como diante da ausência de fundamentos concretos atinentes à personalidade e conduta social do agravado, foi de encontro à linha de julgados proferidos, modernamente, pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ou, até mesmo, para justificar a não incidência da redutora, quando, juntamente com outros elementos presentes nos autos, indicarem a dedicação do agente à atividade criminosa. [...], a hipótese tratou de pequena quantidade de entorpecente (35 g de cocaína) e, em decorrência, com o devido respeito à proporcionalidade, deve incidir a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, alcançando as penas o montante de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa [...] (HC n. 480.783/RJ, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/2/2019) – (AgRg no REsp n. 1.777.922/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 20/5/2019).

4. Preservada a dosimetria da pena, por conta dos fundamentos expostos na decisão agravada, notadamente a primariedade do agravado e ausência de circunstâncias judiciais negativas, não há falar em agravamento do regime prisional.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1890145/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ACÓRDÃO IMPUGNADO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONCESSÃO DO WRIT LIMINARMENTE. POSSIBILIDADE. ART. 34, VIII E XX, DO RISTJ. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. MANIFESTA ILEGALIDADE. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA DO STJ. AUSÊNCIA DE VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE COATORA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGAS (23 GRAMAS DE CRACK). FUNDAMENTO INIDÔNEO. ILEGALIDADE, OCORRÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

6. Conforme a pacífica jurisprudência desta Corte Superior, embora seja possível utilizar-se a quantidade e a natureza das drogas para a fixação da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a apreensão de quantidade não expressiva de drogas não justifica a exasperação da pena-base, a modulação da minorante do tráfico privilegiado, o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas.

7. A apreensão de 26,5 gramas de crack, sem a indicação de elementos adicionais, não justifica a exasperação da pena-base e a fixação da minorante em fração diversa de 2/3, motivo pelo qual deve ser redimensionada a pena do paciente.

8. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 622.778/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 10/12/2020)

Nesse sentido: HC 519401/SP, HC 493263/SP, AgRg no HC 466887/SP.

As atenuantes, na segunda fase da dosimetria da pena, não podem diminuir a pena abaixo do mínimo legal, segundo a Súmula 231/STJ, também de acordo com a doutrina apresentada anteriormente.

Assim:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231 DO STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO EM 1/2. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A pretensão recursal de reduzir a pena-base para aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, encontra óbice no comando da Súmula 231/STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

[...]

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1720579/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. VERBETE SUMULAR N. 231/STJ. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E CONDIÇÕES PESSOAIS DO ACUSADO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, por meio do verbete sumular 231, sedimentou o entendimento de que "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Precedentes.

2. O Tribunal de origem afastou a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas ante a constatação de que o paciente dedicava-se à atividade criminosa, tendo

em vista as circunstâncias em que se deu o delito e as condições pessoais do paciente, que já respondeu por atos infracionais (inclusive ato análogo ao tráfico de drogas) quando ainda era adolescente.

3. "A existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais" (AgRg no HC 466.681/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe de 02/04/2019).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 501.468/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 27/06/2019)

No mesmo sentido: REsp 1117068/PR.

O delito de associação para o tráfico recai na circunstância judicial da culpabilidade, pois depreende-se maior censurabilidade do comportamento do agente e maior reprovabilidade da conduta praticada.

Nesse diapasão, tem-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. 3,5KG (TRÊS QUILOS E QUINHENTOS GRAMAS) DE MACONHA. A RELEVANTE QUANTIDADE DE DROGA É FUNDAMENTO APTO PARA JUSTIFICAR A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNÇÃO DE LIDERANÇA NA ASSOCIAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. De acordo com a orientação desta Casa, a circunstância judicial da culpabilidade pode ser compreendida como a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada, o que verificou-se na espécie em relação ao delito de associação para o tráfico, porquanto ficou evidenciado pelas instâncias ordinárias que a agravante seria uma das líderes da associação.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 525.698/PB, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 16/10/2020)

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ELEMENTOS CONCRETOS A CARACTERIZAR A ASSOCIAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL PARA EXASPERAR A PENA-BASE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE

LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRETENSÕES QUE ESBARRAM EM ÓBICES LEGAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - A Corte de origem, após analisar as circunstâncias fáticas dos autos, atestou a prática da associação para o tráfico, destacando os depoimentos dos policiais, as circunstâncias da prisão em flagrante, especialmente "as circunstâncias e o lugar em que foram capturados os recorrentes, dominado pela associação criminosa 'Comando Vermelho'". Desta feita, afastar a condenação do delito de associação para o tráfico, como pretende a defesa, demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do habeas corpus. A propósito: AgRg no REsp n. 1.804.625/RO, Sexta Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Laurita Vaz, DJe de 05/06/2019; e HC n. 502.868/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 20/05/2019.

III - Dosimetria. Pena-base. Não há utilização de elemento integrante do tipo para majorar a pena-mínima. Isso porque foi levado em consideração a participação do paciente em organização criminosa altamente sofisticada e militarizada: Comando Vermelho.

Nesse sentido: AgRg no HC n. 380.383/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 14/11/2017; e HC n. 359.567/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/12/2016.

[..]

(AgRg no HC 604.366/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 16/10/2020)

Nesse sentido: AgRg no REsp 1886626/RS, AgRg no HC 616444/SP, AgInt no HC 425868/AC.

### 3.2 Fixação do regime inicial

Neste subtópico serão apresentadas as diversas circunstâncias que influenciam a escolha da fixação do regime prisional inicial.

Os crimes de tráfico de drogas são equiparados a hediondos e sua pena é reclusão de 5 a 15 anos. Inicialmente, fixou-se que seria toda cumprida em regime fechado, apesar da Lei de drogas não conter isso, aplicava-se a Lei dos crimes hediondos, na qual tinha em seu texto original que deveria ser todo fechado o cumprimento da pena para crimes hediondos e equiparados. Contudo, o STF considerou essa reprimenda inconstitucional, então a Lei foi modificada constando o termo, inicialmente, fechado.

Isto posto, em 2012, o STF considerou inconstitucional novamente (HC 111.840) o termo “cumprida inicialmente em regime fechado”, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, no caso de crimes hediondos e equiparados, pois feria os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Havia uma afronta desse dispositivo com o art. 33, §2º, *b*, do Código penal. Então, a partir desse julgado, surgiu a possibilidade de regime inicial semiaberto para os

crimes hediondos e equiparados com pena maior do que 4 anos e não superiores a 8 anos. (PRADO, 2017)

Ademais, observa-se que, na doutrina exposta alhures e no art. 33, §2º, do CP, estabelece-se regime inicial aberto para penas menores do que 4 anos, salvo se não reincidente, entre 4 e 8 anos, regime inicial semiaberto, salvo se não reincidente, e, para penas maiores do que 8 anos, regime inicial fechado, sendo reincidentes ou não. Ocorre que nos julgados dos casos concretos, não é bem assim. Considerando-se todas as circunstâncias judiciais, em respeito aos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena, bem como ao art. 5º, item 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos, pode-se atribuir regime inicial menos ou mais gravoso. (ALMEIDA, 2017)

### ***3.2.1 Condenados por tráfico privilegiado, regime inicial aberto:***

Se a pena for reduzida ao mínimo legal, pelos parâmetros já expostos no capítulo anterior, tem-se como regime inicial o aberto. A controvérsia cinge-se em saber se é possível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ou não.

Como já comentado por doutrinadores citados no presente trabalho, se for possível a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da referida Lei, o crime não será considerado hediondo, incidindo a regra geral, afastando a proibição do art. 44 da Lei 11.343/2006. Nesse caso, o crime continua sendo o mesmo, todavia beneficia o agente primário, de bons antecedentes, que não é traficante habitual, nem integra organização criminosa. Assim, pode-se aplicar regime diferente do fechado.

Como exemplo disso, tem-se os seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXORBITANTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Não obstante não seja irrelevante a quantidade de entorpecentes apreendida em poder do agravado, tal quantidade não é expressiva o suficiente para exasperar a pena-base com fulcro no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Fixada a pena-base no mínimo legal.

3. Esta Corte tem reiterada orientação de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação



à atividade criminosa. Não obstante, na espécie, a quantidade de entorpecentes apreendidos não se mostrou suficiente para evidenciar a dedicação do réu à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual cabe a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo.

4. Considerando a sanção definitiva estabilizada em 1 ano e 8 meses de reclusão; a pena-base fixada no mínimo legal; a primariedade do paciente; e a ausência de elementos concretos indicados pelos magistrados estaduais que justificassem a execução mais severa da reprimenda, de rigor a fixação do regime inicial aberto e o deferimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 604.754/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INADMISSIBILIDADE AFASTADA. FUNDAMENTOS IMPUGNADOS. CONHECIMENTO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO INDEVIDA. INEXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. VALORAÇÃO AFASTADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO RECONHECIDO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. DOSIMETRIA REFEITA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA, CONHECENDO DO AGRAVO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL E CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA APLICAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.

1. Havendo impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada, deve ser conhecido o recurso.

2. A não relevante quantidade de droga desassociada de circunstâncias adicionais não justifica a exasperação da pena-base, porquanto inexistente anormal gravidade. Precedentes.

3. Ausentes circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, dinheiro, etc.), a não relevante quantidade de entorpecentes autoriza a concessão de habeas corpus, de ofício, a fim de aplicar o redutor em seu grau máximo e o abrandamento do regime inicial 4. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial, concedendo, ainda, habeas corpus, de ofício, a fim de estabelecer a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, mais 166 dias-multa, substituída a pena reclusiva por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das execuções.

(AgRg no AREsp 1689469/SE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, DJe 05/08/2020)

No mesmo sentido: AgRg nos EDcl no HC 529.619/SP, AgRg no HC 547.548/SP, AgRg no HC 573182 / SP.

Quando o agravante não impugna todos os fundamentos da decisão agravada de modo específico, incide a Súmula 182/STJ.

Enunciado da Súmula 182/STJ: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

A palavra dos agentes que apreenderam o criminoso é de grande valia, principalmente, se estiver de acordo com o que consta nos autos. Isso é bom, porque eles trabalham geralmente em dupla, são eles que prendem em flagrante, então, dificilmente, vão distorcer os fatos.

Considerando a primariedade do réu e o *quantum* da pena-base fixado no mínimo legal, o regime cabível é o aberto, conforme se depreende dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. AGRAVO INTERNO. RETRATAÇÃO NA ORIGEM PARA APRECIÇÃO DE TODAS AS MATÉRIAS SUSCITADAS. TRÁFICO DE DROGAS. CORRUPÇÃO ATIVA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. ATENUANTE. CONFISSÃO. SUM. 231/STJ. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. QUANTIDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS ADICIONAIS. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO. NECESSIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. Tendo a Corte de origem concluído pela existência de prova apta a amparar o édito condenatório, considerando que houve a apreensão de 431,5 gramas de maconha e de caderno de anotações do tráfico, bem como que, no momento da abordagem, o réu ofereceu dinheiro aos agentes para que não fosse preso, não tendo sido produzida qualquer prova da suspeição ou impedimento dos policiais, a revisão do julgado, para fins de absolvição ou desclassificação do delito, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível a teor da Súmula 7/STJ.

3. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos.

[...]

6. Aplicada a minorante do tráfico privilegiado, a pena deve ser redimensionada para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, a qual deve ser somada com a pena fixada pelas instâncias de origem para delito previsto no art. 333, caput, do CP (2 anos de reclusão, além do pagamento de 10 dias-multa), em razão do concurso de crimes, totalizando 3 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 176 dias-multa.

7. Considerada a primariedade do réu e o quantum de pena aplicado, cabível a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos estritos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal, a serem fixadas pelo Juízo de Execução.

[...]

(AgRg no AREsp 1698767/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 18 G DE MACONHA E 11 G DE COCAÍNA. DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. CORRETA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. HABITUALIDADE DELITIVA

DEDUZIDA, EM RAZÃO DA QUANTIDADE APREENDIDA ISOLADAMENTE CONSIDERADA. IMPOSSIBILIDADE. REDIMENSIONAMENTO QUE SE IMPÕE.

[...]

4. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício, para reconhecer a minorante do tráfico privilegiado no percentual de 2/3, redimensionando a pena do agravante para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direito a serem definidas pelo Juízo das execuções, nos termos da presente fundamentação.

(AgRg no AREsp 1663973/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 25/06/2020)

Pelo princípio da individualidade da pena, não devem receber a mesma quantidade da pena, o mesmo regime e/ou a mesma reprimenda todos os crimes de tráfico de drogas.

Outro ponto interessante é que o tempo de custódia conta como cumprimento da pena, de modo que a fixação de regime inicial diferente pode resultar na soltura imediata do réu.

Em 09/09/2020, foi publicada uma notícia na página do STJ, informando a respeito do HC 596.603/SP (Habeas Corpus coletivo). O texto deste HC encontra-se no Apêndice A.

Nesta notícia, afirma-se que o Tribunal de SP descumpra jurisprudência do STJ reiteradamente, então o STJ fixou regime inicial aberto a todas as pessoas condenadas no Estado por tráfico privilegiado, com pena de 1 ano e 8 meses. Esta medida também tem caráter preventivo a fim de impedir a aplicação de regime fechado a novos condenados na mesma situação.

Segundo dados da administração penitenciária do estado de SP, em março/2020, havia 1.018 homens e 82 mulheres, cumprindo pena em regime fechado, estando condenados à pena mínima. Segundo o relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, isto "produz um desgaste permanente da função jurisdicional, com anulação e/ou repetição de atos, e implica inevitável lesão financeira ao erário, bem como gera insegurança jurídica e clara ausência de isonomia na aplicação da lei aos jurisdicionados".

Conforme jurisprudência do STJ, não é considerado hediondo o crime enquadrado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, acarretando, por isso, consequências tais como desautorização da prisão preventiva sem a análise do art. 312 do Código de Processo Penal no caso concreto, autoriza a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, em detrimento do disposto no art. 44 da Lei de drogas e demanda tratamento penal mais benéfico.

A notícia trouxe ainda que a Lei 13.964/2019 deu nova redação ao artigo 112, parágrafo 5º, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Inclusive, tem-se que é de costume a desconsideração das Súmulas 718/STF, 719/STF e 440/STJ pelo TJSP.

Enunciado da Súmula 440/STJ: “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.”

Demais disso, de acordo com dados da Administração penitenciária de SP, os crimes de tráfico de drogas aumentaram de 508% (quinhentos e oito por cento) entre 2005 e 2017. Sendo o Estado de SP responsável por 50% (cinquenta por cento) das prisões por tráfico no país, segundo dados do Instituto Conectas.

Entretanto, soltar todas essas pessoas não estaria contrariando o princípio da individualização da pena? Parece que não, pois todos se enquadraram no mesmo caso, foram condenados à pena mínima, foram agraciados com a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de entorpecentes, além disso, foi uma decisão para beneficiar.

### ***3.2.2 Condenados por tráfico privilegiado, pena um pouco maior que a mínima, regime inicial aberto ou semiaberto***

Nesses casos, observa-se que a maioria das circunstâncias favoráveis estão presentes, porém tem, em geral, uma circunstância que fez com que mesmo aplicando-se a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 a pena não atingisse o mínimo legal.

A pena restritiva de liberdade pode ser substituída por pena restritiva de direitos.

A quantidade de entorpecentes considerada para agravamento da pena-base, por si só, não afasta a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porém pode ser fundamento para aplicação do regime inicial semiaberto.

Os arts. 33, § 4º, e 44, da Lei 11.343/2006 foram declarados parcialmente inconstitucionais pelo julgamento do HC 97.256/RS. Assim, tornou-se possível a substituição da pena nos crimes de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44, do CP.

Observou-se que se as circunstâncias judiciais são favoráveis, o regime imposto é o aberto, mas, se há valoração negativa de alguma circunstância judicial, como, por exemplo, a quantidade de droga, o regime inicial imposto é o semiaberto, conforme retromencionado. A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI n. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO COM BASE APENAS NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS INDICATIVOS DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTO INIDÔNEO. APLICAÇÃO DO REDUTOR. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL. DESVALOR ATRIBUÍDO À QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE RECRUDESCIMENTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS E PRIMARIEDADE. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

8. A valoração negativa da quantidade e da natureza dos entorpecentes, na primeira fase da dosimetria, constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos.

9. Na espécie, a expressiva quantidade da droga apreendida apenas justifica o regime intermediário, na medida em que a paciente é primária e a condenação foi reduzida para patamar que não excede 4 anos de reclusão.

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer o privilégio e redimensionar a pena da paciente para 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 183 dias-multa.

(HC 522.614/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. INADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DEVIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. Considerações genéricas a respeito da gravidade abstrata, do desassossego e da intranquilidade causada à sociedade pelo delito de tráfico de drogas, não são argumentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido no Código Penal (art. 33, §§ 2º e 3º).

3. In casu, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. O agravado é primário, foi reconhecido o tráfico privilegiado e sua pena definitiva é de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão.

4. Ao contrário do alegado pelo agravante, nem mesmo a quantidade de droga apreendida - 14,1g (catorze gramas e um decigrama) de cocaína e 01 (um) invólucro

plástico contendo 1,7g (um grama e sete decigramas) de maconha - justifica o agravamento do regime prisional, por conseguinte, verificava-se a existência de constrangimento ilegal na imposição do regime inicial fechado, sendo adequada a colocação do agravado no regime aberto.

5. No caso, verifica-se que as circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas e o agravado é primário, sendo-lhe imposta pena inferior a 4 anos, devendo, pois, ser convertida a pena corporal em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 587.594/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020)

Nesse sentido: HC 372.496/MS, AgRg no HC 607916/SC, AgInt no HC 418683/RS

### ***3.2.3 Condenados por tráfico privilegiado, pena menor do que 4 anos, regime inicial aberto***

Interessante observar que se pode ter pena próxima à mínima com regime inicial semiaberto e pena bem maior do que a mínima, porém menor do que 4 anos, com regime inicial aberto. Tudo vai depender da valoração das circunstâncias judiciais, da quantidade de drogas apreendida e dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Observa-se que nas decisões do tópico anterior, apesar das penas aplicadas serem menores em quantidade, o regime inicial imposto foi o semiaberto.

Se a pena-base for fixada no mínimo legal, o réu faz jus ao regime inicial aberto. A esse respeito tem-se a Súmula 440/STJ. Assim:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO AO FUNDAMENTO DA DECISÃO ATACADA. CONHECIMENTO DO AGRAVO. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. MINORANTE. APLICABILIDADE. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. PENA COMINADA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO MAS LHE NEGAR PROVIMENTO.

[...]

2. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 constitui direito subjetivo do réu, atendidos os requisitos legais, devendo os parâmetros do art. 42 da Lei 11.343/2006 ser utilizados como vetoriais norteadoras da fixação do quantum de redução.

[...]

4. Fixada pena inferior a 4 anos de reclusão, não há óbice à fixação do regime aberto, bem como à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

[...]

(AgRg no AREsp 1668833/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, DJe 07/08/2020)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (41,9 G DE COCAÍNA). SENTENÇA. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO INIDÔNICO PARA AFASTAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNDAMENTO IDÔNICO PARA ALTERAR A FRAÇÃO DA MINORANTE. PRECEDENTES. PENA REDIMENSIONADA. REGIME INICIAL. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. CRIME HEDIONDO. AFASTAMENTO. PRECEDENTES. SÚMULA 440/STJ. APLICABILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

[...]

3. Para este Tribunal Superior, se 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 (Enunciado n. 440 da Súmula do STJ, Terceira Seção, DJe 13/5/2010).

4. Considerando-se o quantum de pena privativa de liberdade fixado na sentença (3 anos e 4 meses de reclusão) e a pena-base fixada no mínimo legal, tem-se que o agravante faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, e também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

5. Agravo regimental provido para redimensionar a pena imposta ao ora agravante para 3 anos e 4 meses de reclusão, e 333 dias-multa; fixar o regime inicial aberto; e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, que serão definidas pelo Juízo da Execução Penal competente, relativamente à condenação do ora agravante na Ação Penal n. 0033596-37.2016.8.26.0576, da 4ª Vara Criminal da comarca de São José do Rio Preto/SP.

(AgRg no HC 467.377/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020)

Nesse sentido: AgRg no HC 556.889/SP, AgRg no HC 584095/SP, AgRg no AREsp 1668833/MG

### ***3.2.4 Condenados por tráfico privilegiado, pena entre 4 e 8 anos, regime inicial semiaberto ou fechado***

A jurisprudência é no sentido de ser incabível às penas maiores do que 4 anos a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito. Sendo possível o regime inicial semiaberto ou fechado.

Nesses casos, se a pena-base é fixada acima do mínimo legal e as circunstâncias judiciais não são favoráveis, o regime inicial fixado é o fechado. A esse respeito tem-se as Súmulas 718/STF e 719/STF.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTORA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE DROGAS, CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO E CONDENAÇÕES ANTERIORES DO AGRAVANTE À MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL ANÁLOGO À MERCANCIA ILÍCITA. REGIME PRISIONAL INICIAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

- Na hipótese, não há se falar em ilegalidade na fixação do regime inicial fechado. Não obstante a pena seja inferior a 8 anos de reclusão e a primariedade do agravante, as circunstâncias judiciais não lhe eram todas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Assim, nos termos do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal, o regime inicial fechado se mostra mais adequado.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que a pena do agravante supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 605.503/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÍNIMA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FRAÇÃO DE 1/6 ADEQUADA. REGIME PRISIONAL MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL INVIÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena indica é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na hipótese, a efetiva detração de eventual pena cumprida de forma provisória seria irrelevante, pois a enorme quantidade de entorpecente apreendida legitimaria a manutenção do regime prisional inicial semiaberto imposto.

- Uma vez que a pena final foi fixada em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da prisão por penas restritivas de direitos, por ausência dos requisitos previstos no art. 44 do CP.

Habeas corpus não conhecido.



(HC 510.077/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019)

Nesse sentido: AgRg no REsp 1789170/SP; HC 478.221/SP, AgRg no AREsp 1642445/SP.

A circunstância judicial de quantidade e variedade da droga apreendida, se valorada negativamente, pode justificar a imposição de regime inicial fechado. Conforme acórdão abaixo:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos, revela-se adequada a escolha do regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da aferição negativa de circunstância judicial - quantidade e variedade da droga apreendida (481,5g de maconha e 25,2g de cocaína), nos termos do art. 33, §2º e 3º, III, "a", c/c o art. 59, ambos do CP.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 597.585/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 16/10/2020)

### ***3.2.4 Tráfico ilícito de entorpecentes, condenações anteriores ao período depurador***

A jurisprudência, neste caso, considera as condenações transitadas em julgado em período menor do que 5 anos, como reincidência (art. 64, I, CP). Já as condenações transitadas em julgado, em período superior a 5 anos, são consideradas na primeira fase da dosimetria da pena como maus antecedentes.

Quando a condenação é entre 4 e 8 anos, geralmente, o regime inicial aplicado é o semiaberto, porém em caso de reincidência, o regime inicial imposto é o fechado (art. 33, § 2º, a e b, e § 3º, do Código Penal).

No mesmo diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES AO PERÍODO DEPURADOR. PRIMEIRA FASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ATUAL. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. As condenações pretéritas transitadas em julgado há menos de 5 anos (art. 64, I, do Código Penal) podem ser utilizadas para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, a título de reincidência.

2. As condenações anteriores já alcançadas pelo período depurador, embora não possam ser consideradas para fins de reincidência, podem ser utilizadas na primeira fase da dosimetria da pena como maus antecedentes.

3. A condenação a pena entre 4 e 8 anos de reclusão, que, em tese, admitiria a fixação do regime semiaberto, conforme os parâmetros legais (art. 33, § 2º, a e b, e § 3º, do Código Penal), enseja, em caso de reincidência, a imposição do regime prisional fechado.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 581.535/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 15/10/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR.

QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REGIME MAIS GRAVOSO. REINCIDÊNCIA DE UM DOS RÉUS E GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

4. O regime inicial mais gravoso imposto a ambos os pacientes foi fixado em razão da reincidência de um dos agravantes e da gravidade concreta da conduta do corréu.

[...]

(AgRg no HC 649.321/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 30/03/2021)

Nesse sentido: AgRg no HC 605503 / SP, AgRg no HC 584764 / SP.

Quanto aos maus antecedentes, há a tese de que se as condenações anteriores forem muito antigas, pode-se aplicar a teoria do direito ao esquecimento, fato não abordado pelos doutrinadores retromencionados, nas obras selecionadas. Há controvérsias quanto a isso, pois se está equiparando uma pessoa com maus antecedentes como se fosse ré primária, além disso o réu não estaria tão arrependido assim para ter direito ao esquecimento, pois cometeu novo crime. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. ART. 157, § 2.º, INCISO II, C.C. O ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL E ART. 12 DA LEI N. 6.368/1976. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE MAIS DE 10 (DEZ) ANOS ANTES DO NOVO FATO DELITUOSO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. PRECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. PLEITOS PELO RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANTIDO O QUANTUM DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, INSUBSISTENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes.

2. Todavia, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem julgados no sentido de que os registros da folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados maus antecedentes, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento.

3. No caso, o Tribunal de origem fez referência às seguintes condenações criminais transitadas em julgado, conforme a certidão de fls. 104-106: a) 0064872-13.1999.8.13.0134 - art. 157, § 2.º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, transitada em julgado para o Ministério Público em 27/04/2001 e com extinção em 11/06/2007; e b) 0153673-65.2000.8.13.0134 - art. 12 da Lei n. 6.368/1976, com

trânsito em julgado para o Ministério Público em 09/01/2001 e extinção em 11/06/2007. Por sua vez, o delito tratado neste processo foi cometido em 04/07/2017.

4. É certo que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de julgamento realizada em 18/08/2020 e quando da análise do RE n. 593.818/SC, sob o rito de repercussão geral, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, firmou a Tese n. 150 - "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal" -, o que, contudo, não afasta a possibilidade do decote da avaliação negativa dos antecedentes, em razão das peculiaridades do caso concreto, especialmente o extenso lapso temporal transcorrido.

5. Além disso, o art. 5.º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição da República estabelece a vedação de penas de caráter perpétuo, o que inviabiliza a valoração negativa dos antecedentes criminais sem qualquer limitação temporal.

[...]

7. Os pleitos pela fixação do regime inicial fechado e inexistência de direito à substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos são insubsistentes, porquanto estão alicerçados no eventual recrudescimento da pena privativa de liberdade pelo reconhecimento dos maus antecedentes, bem como afastamento da minorante do tráfico privilegiado, mas tais desideratos não foram alcançados no presente recurso.

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1875382/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 29/10/2020)

### ***3.2.6 Regime inicial semiaberto ou fechado, crime com participação de adolescentes***

Quando o agente pratica o tráfico com auxílio de adolescentes, esta conduta torna-se mais reprovável e é suficiente para manter o regime prisional mais gravoso. Como se vê abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTO IDÔNEO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. ATIPICIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Tendo sido apontado fundamento concreto para justificar imposição de regime mais gravoso, destacando-se que o agente, além de incorrer na prática delitativa, o paciente envolveu adolescente na empreitada criminosa, não há ilegalidade na fixação de regime inicial mais gravoso para cumprimento de pena.

2. A questão referente a atipicidade da conduta não foi trazida no writ, configurando inadmissível inovação recursal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 601.525/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 13/10/2020)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENHIDOS E PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTES. GRAVIDADE EM CONCRETO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INADEQUAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE. COVID-19. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E INOVAÇÃO RECURSAL.

[...]

2. Na espécie, o *periculum libertatis* foi evidenciado na maior gravidade em concreto da conduta imputada ao agravante, qual seja, a suposta prática do delito de tráfico de drogas configurado, entre outras circunstâncias, pela apreensão de 23 porções de maconha, com massa bruta de 101,3g (cento e um gramas e três decigramas), 3 torrões de maconha, com massa bruta de 247,2g (duzentos e quarenta e sete gramas e dois decigramas), e 177 porções de crack, com massa bruta de 40,5g (quarenta gramas e cinco decigramas), o qual envolveu, ainda, a participação de adolescentes na empreitada delitiva. Tal motivação é capaz de justificar a imposição do cárcere para garantia da ordem pública, ante a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder do custodiado e o envolvimento de menores de idade na atividade criminosa, a denotar a sua periculosidade.

3. Nesse contexto, mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas ao cárcere, porque insuficientes para resguardar a ordem pública. Precedente.

4. Ademais, não há se falar em incompatibilidade da manutenção da segregação provisória ante a fixação do regime semiaberto, cabendo apenas a sua adequação às peculiaridades do regime prisional em questão, providência já tomada pelas instâncias ordinárias, conforme consignado no acórdão impugnado.

[...]

(AgRg no HC 601.081/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 16/10/2020)

Nesse sentido: AgRg no HC 582040/SP, AgRg no AREsp 1446117/MS, AgRg no AREsp 1602287/SP

### ***3.2.7 Regime inicial fechado, quantidade relevante de entorpecentes e integrar organização criminosa***

A quantidade expressiva de entorpecentes e a detectada participação em organização criminosa, apesar da primariedade, impedem a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da lei de drogas, e fundamentam o regime inicial fechado.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE RELEVANTE DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA

REDUTORA JUSTIFICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO ADEQUADO. DESFAVORECIMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. TRÁFICO TRANSNACIONAL. CONFISSÃO DE REITERADA NEGOCIAÇÃO. ELEVADA QUANTIA DE DROGAS. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. WRIT DENEGADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Com efeito, esta Corte superior entende que, para afastar a benesse com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, conforme se verifica no caso dos autos, em que, além da apreensão de 400 gramas de maconha, há provas nos autos de que o acusado atuava em organização voltada a atividades criminosas.

2. E no que tange ao regime inicial, o Tribunal local impôs o regime fechado ao agravante por considerar o desfavorecimento das circunstâncias e consequências fáticas concretamente recolhidas dos autos (tráfico de drogas, interestadual, sob a

confissão de que a reiterada negociação envolveu elevada quantidade de drogas, suficiente a atingir diversos usuários e, assim, ofender potencialmente o bem jurídico tutelado), tudo levando a crer que, embora primário, o paciente dedica-se à atividade criminosa voltada para o tráfico ilícito interestadual de entorpecentes, não se podendo imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tal quantidade de droga apreendida, o que se demonstra como justificativa idônea, nos termos dos arts. 33 c/c 59, ambos do Código Penal, e em harmonia com a orientação das Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF. Pelas mesmas razões, mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44 do Código Penal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 628.068/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. NÃO INCIDÊNCIA. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO ADEQUADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

3. Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

4. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais (quantidade do entorpecente), nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 594.119/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021)

Nesse sentido: AgRg no HC 595235/SP, AgRg no HC 635905/SP, HC 638637/SC.

### ***3.2.8 Condenado a 1 ano e 6 meses em regime inicial fechado***

O fato de ser reincidente com circunstância judicial de maus antecedentes desfavorável, justifica o regime inicial fechado, mesmo tendo sido fixada a pena abaixo do mínimo legal. Conforme já comentado na doutrina exposta no presente trabalho, a reincidência justifica a fixação do regime fechado. Assim:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO À 1 ANO E 6 MESES e 20 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTO IDÔNEO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não há ilegalidade na fixação de regime inicial fechado, ainda que tenha sido fixada a pena de 1 ano e 6 meses e 20 dias de reclusão, com fundamento na reincidência do paciente e existência de circunstância judicial desfavorável referente aos maus antecedentes, valorada na primeira fase de dosimetria.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 608.587/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 13/10/2020)

### ***3.2.9 Condenado a pena entre 4 e 8 anos, regime inicial fechado***

O regime inicial fechado, assim como na reincidência, justifica-se pelos maus antecedentes do acusado. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. SÚMULA 7/STJ. ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. A configuração da reincidência e dos maus antecedentes impede o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por ausência do cumprimento dos requisitos legais. No presente caso, a Corte de origem consignou que o acusado possui maus antecedentes, tanto é que a pena-base fora fixada acima do mínimo legal, não havendo qualquer ilegalidade no afastamento do referido benefício.

4. Não há que se falar em bis in idem pela exasperação da pena-base, em razão dos maus antecedentes, bem como pelo afastamento da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

5. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime inicial fechado (previsto como o imediatamente mais grave) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista os maus antecedentes do acusado, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, alíneas "a" e "b", do CP.

6. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp 1713569/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 13/10/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO

JUSTIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há como ser reconhecida, em favor do acusado, a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, haja vista a vedação legal expressa da concessão do benefício aos acusados possuidores de maus antecedentes.

2. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do mérito do RE n. 593.818/SC, com repercussão geral reconhecida, decidiu que: "Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal."

3. Embora o réu haja sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, certo é que possui maus antecedentes (tanto que a sua pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal), circunstância concreta e idônea que justifica a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, ex vi do disposto no art. 33, § 3º, do CP.

4. Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, fica mantida a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP (sanção superior a 4 anos de reclusão).

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 612.834/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 21/10/2020)

Nesse sentido: AgRg no HC 636306/SP, HC 590360/SP, AgRg no HC 556192/SP.

### ***3.2.10 Condenado a pena superior a 8 anos, regime inicial fechado***

Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, aos agentes condenados a penas maiores do que 8 anos, não há outra opção para regime inicial senão o fechado. Assim:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRAFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO LASTREADA NO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PROPORCIONALIDADE. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. ART. 33, § 2º, "A", DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

6. Uma vez que a pena definitiva manteve-se inalterada, no patamar de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, fica mantido o regime inicial fechado para o resgate da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Estatuto Repressivo.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag no REsp 1877763/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ACESSO DA AUTORIDADE POLICIAL A DADOS CONTIDOS EM CELULARES DOS RÉUS, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILCITUDE. NÃO OCORRÊNCIA: PRÉVIA AUTORIZAÇÃO VOLUNTÁRIA DOS RÉUS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE: SOMA DAS PENAS SUPERIOR A 8 ANOS E GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

6. No caso, a fixação do regime mais gravoso foi justificada tanto pelo fato de que a soma das penas impostas ao paciente excedeu o patamar de 8 (oito) anos quanto pela gravidade concreta do delito, consubstanciada na quantidade de entorpecente apreendido - 1.069kg de maconha -, o que está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

7. Habeas corpus de que não se conhece.

(HC 590.296/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020)

Nesse sentido: HC 510248/SP, HC 477712/SP.

### ***3.2.11 Possibilidade de cumprimento de pena em regime domiciliar***

Não se trata de regime inicial, porém é uma possibilidade que homens e mulheres possam valer-se para cumprimento de sua pena em casa.

O art. 117 da LEP, diz quais são as hipóteses para que se permita pedir o cumprimento da pena na residência.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

Inclusive, com a pandemia de COVID-19, várias pessoas presas pediram prisão domiciliar pelo risco de contágio no presídio, porém em sua maioria foram negados. Isso porque devido a periculosidade do réu, em sua maioria, causaria grande transtorno à sociedade, demais, não necessariamente dentro do presídio se correria mais risco de contágio do que do lado de fora, pois a sociedade como um todo no período da pandemia, que ainda continua, vem sofrendo diversas restrições. Conforme julgados acostados:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL E ATIPICIDADE



DA CONDUTA. TEMAS NÃO DEBATIDOS NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CUSTÓDIA PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. PANDEMIA COVID-19. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

4. Conquanto seja notória a gravidade da ampla disseminação do novo coronavírus no Brasil, não houve comprovação de que os agravantes se encontrariam em situação de vulnerabilidade que pudesse ensejar, de forma excepcional, a concessão do pedido com amparo na Resolução n. 62 do CNJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 621.793/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 19/03/2021)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE AUTORIA DELITIVA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA PRESENTE VIA. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19. RÉU NÃO INSERIDO NO GRUPO DE RISCO. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA E PENA PROVÁVEL. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

6. O risco trazido pela propagação da COVID-19 não é fundamento hábil a autorizar a revogação automática de toda custódia cautelar, sendo imprescindível, para tanto, que haja comprovação de que o réu encontra-se inserido na parcela mais suscetível à infecção, bem como, que haja possibilidade da substituição da prisão preventiva imposta.

No caso, além das circunstâncias mais gravosas do delito, o paciente não comprovou qualquer comorbidade que o insira no grupo de risco, não havendo, portanto, falar em liberdade provisória ou substituição da custódia por prisão domiciliar em razão da pandemia.

[...]

(HC 629.989/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 22/03/2021)

A Lei 13.769/2018 alterou o Código de Processo Penal, a Lei de crimes hediondos e a Lei de execução penal a fim de que a proteção dada às mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência fosse ampliada.

No art. 112, § 3º, da LEP, foi incluída a progressão de regime especial, sendo necessária a cumulação de cinco requisitos para a concessão do benefício, *in verbis*:

Art.112

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

V - não ter integrado organização criminosa.

Só a expressiva quantidade de drogas encontrada com a ré, não é empecilho para a concessão da prisão domiciliar. A propósito:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME ESPECIAL. REQUISITO CONTIDO NO INCISO V DO § 3º DO ART. 112 DA LEP. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXISTÊNCIA DE COMPLEMENTO NORMATIVO NA LEI N. 12.850/2013. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO PARA TODAS AS ESPÉCIES DE SOCIEDADES CRIMINOSAS. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE (DECORRENTE DO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE). VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN MALAM PARTEM DE NORMAS PENAIIS. TELEOLOGIA DA LEI N. 13.769/2018. O LEGISLADOR, QUANDO TEVE O INTUITO DE ESTENDER PARA OUTRAS FORMAS DE SOCIETAS SCELERIS, O FEZ EXPRESSAMENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Na esteira da decisão proferida pela Suprema Corte no Habeas Corpus Coletivo n. 143.641/SP, que abrangeu somente hipóteses de prisões cautelares, o Legislador foi além e editou a Lei n. 13.769/2018, promovendo alterações não somente no Código de Processo Penal, mas também na Lei de Crimes Hediondos e na Lei de Execuções Penais, com a finalidade de ampliar a proteção dada às mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência que se encontram reclusas no sistema prisional.

2. Na LEP foi incluído o § 3º no art. 112, prevendo progressão de regime especial. A norma exigiu a presença de cinco requisitos cumulativos para a concessão do benefício executório, dentre eles, o de "não ter integrado organização criminosa". O argumento de que o termo organização criminosa não se refere ao crime previsto na Lei n 12.850/2013, tratando-se, na verdade, de uma expressão genérica, a qual abrange todas as espécies de sociedades criminosas, não se coaduna com a correta exegese da norma. Com efeito, a referida regra tem conteúdo material (norma híbrida), porquanto trata de progressão de regime prisional, relacionado com o jus libertatis, o que impõe, ao intérprete, a submissão a todo o conjunto de princípios inerentes às normas penais. [...]

8. Ordem de habeas corpus concedida para determinar que o Juízo das Execuções Penais retifique o cálculo de penas da Paciente, abstendo-se de considerar a condenação pelo crime de associação para o tráfico ilícito de drogas para fins de análise do requisito contido no inciso V do § 3º do art. 112 da Lei n. 7.210/1984.

(HC 522.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 19/08/2020)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. VULTOSA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE FILHO MENOR COM CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. ART. 318-A DO CPP. NORMA COGENTE E VINCULANTE. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA NÃO VERIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Considera-se suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública a prisão decretada com base na vultosa quantidade de droga - 215,26 kg de cocaína -, além das circunstâncias da apreensão, tendo sido encontrada a droga escondida em parede falsa e em cofre especialmente projetado para tal finalidade.

2. Extrai-se caráter obrigatório da norma que dispõe sobre a substituição da prisão preventiva por segregação domiciliar quando a agente for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, conforme HC coletivo 143.641/SP, concedido pelo Supremo Tribunal Federal em 20/2/2018, com previsão atual nos artigos 318-A e 318-B do CPP. O afastamento da norma cogente depende estritamente da configuração de situações excepcionalíssimas que tornem insustentável a prisão domiciliar da acusada.

3. Muito embora a quantidade expressiva de drogas localizadas no interior da residência justifique a adoção de medida cautelar, não é circunstância suficiente para denotar extrema excepcionalidade do caso a impedir a incidência da concessão da prisão domiciliar, atendendo ao maior interesse da criança envolvida. O menor, após a prisão em flagrante dos pais, foi levado ao convívio dos avós paternos, que, porém, sofrem de enfermidades apontadas pelo impetrante. Além disso, a defesa colacionou laudo psicológico particular informando consequências gravosas ao estado da criança em razão da ausência simultânea dos genitores. Cumpre anotar também que a paciente, ao que consta dos autos, não integrava organização criminosa, sendo responsável apenas pelo descarregamento e guarda do entorpecente, recebendo em troca R\$2.000,00 e permissão para morar no imóvel onde a droga era armazenada. Não há indícios de mercancia no local, a ré é primariedade e não ostenta histórico criminal.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para autorizar a prisão domiciliar à paciente, com a determinação também de fixação de outras medidas cautelares concomitantes pelo Juízo monocrático.

(HC 619.189/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020)

O art. 318, V, do CPP, com a nova redação, garante a prisão preventiva pela domiciliar a todas as presas gestantes, puérperas e mães de crianças ou pessoas com deficiência, em conformidade com o art. 2º do Estatuto da criança e do adolescente e do Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015, exceto nos casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes e em situações excepcionais ao encargo do juiz decidir e fundamentar. Isso decorre do princípio da fraternidade. Exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

EXECUÇÃO DE SENTENÇA DEFINITIVA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE DE ARMA DE FOGO. PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS, QUE CUMPRE PENA EM REGIME FECHADO. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APREENSÃO DE MAIS DE 1KG DE CRACK. ARMA DE FOGO, MUNIÇÕES E UTENSÍLIOS PARA O COMÉRCIO DA DROGA ENCONTRADOS NA RESIDÊNCIA DA PACIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Prisão domiciliar. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que diz respeito à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.769/2018 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

3. Os artigos 318, 318-A e B do Código de Processo Penal (que permitem a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos, dentre outras hipóteses) foram instituídos para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro CELSO DE MELLO).

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, de relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em 20/2/2018, concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

5. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, "embora o art. 117 da Lei de Execuções Penais estabeleça como requisito para a concessão da prisão domiciliar o cumprimento da pena no regime aberto, é possível a extensão de tal benefício aos sentenciados recolhidos no regime fechado ou semiaberto quando a peculiaridade do caso concreto demonstrar sua imprescindibilidade" (HC 456.301/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018).

6. Hipótese concreta que revela situação excepcionalíssima a desautorizar a concessão da prisão domiciliar, porquanto as instâncias ordinárias salientaram tratar-se de paciente que integra organização criminosa e, além de manter arma em sua residência, ali mantinha em depósito, pesava e dividia a droga. Ademais, a sentença ressaltou que o fato de cumprir pena em casa só fomenta a criminalidade já que é reincidente específica e pode expor a risco seus filhos.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 580.192/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MANTIDA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. NEGATIVA DE AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO. INOVAÇÃO RECURSAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DE HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INAPLICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA PREVISTA NO JULGAMENTO DO HC COLETIVO N. 143.641/SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. Após a publicação da Lei 13.769/2018, que introduziu o art. 318-A ao Código de Processo Penal, a 3ª Seção desta Corte Superior manteve o entendimento de que é possível ao julgador indeferir a prisão domiciliar a mães de crianças menores de 12 anos, quando constatada, além das exceções previstas no dispositivo, a inadequação da medida em razão de situações excepcionalíssimas, nos termos do entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC Coletivo n. 143.641/SP.

Na situação evidenciada nos autos, verifica-se excepcionalidade apta a revelar a inadequação da prisão domiciliar, considerando as circunstâncias do caso concreto - a agravante é integrante de organização criminosa armada, que envolve a prática do crime de tráfico de drogas, e detinha o controle de toda a droga e das finanças relacionadas ao material entorpecente distribuído na cidade de João Câmara/RN, sendo destacado, ainda, pelo Tribunal de origem, que em sua residência foram encontradas cadernetas de anotações da venda de drogas e material utilizado para o tráfico de entorpecentes -, o que justifica o afastamento da incidência da benesse.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 546.416/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020)

Na prisão provisória é presumido o interesse de permitir a mãe cuidar de seus filhos, já na execução, não há essa presunção, sendo permitido em casos excepcionalíssimos. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO DA PENA. REGIME DOMICILIAR. CRIANÇAS MENORES DE 12 ANOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE CUIDADOS NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. Não se tem na fase de execução penal a proteção à criança em igualdade de tratamento com o da situação prisional provisória - enquanto nesta é presumido o prevalente interesse de permitir à mãe cuidar de seus filhos, especialmente em primeira infância, na execução da pena isso somente se permitirá excepcionalmente.

3. Na situação presente, a mãe há anos cumpre pena (desde 2013) e não participa da formação de seus filhos (a guarda dos menores está com a avó, em razão de seu reiterado envolvimento com crimes), nada se demonstrando de anormal ou relevante para alteração da forma de cumprimento de sua pena, nisso não se enquadrando o maior risco social pela pandemia do coronavírus.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 547.307/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 16/06/2020)

O STJ entende que quando se tratar de prisão definitiva não cabe prisão domiciliar com fundamento no art. 318 do CPP. Contudo, posiciona-se no sentido de que apesar do art. 117 da LEP só permitir prisão domiciliar no regime aberto, ela pode ser estendida aos regimes fechados e semiabertos em casos peculiares.

Ressalte-se, ainda, que os pleitos não avaliados pela Corte *a quo*, não podem ser apreciados pelo STJ, sob pena de supressão de instância. No mesmo diapasão:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO HC 143.641/SP. ART. 318 DO CPP. INAPLICABILIDADE. EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA. ART. 117 DA LEP. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO REGIME FECHADO E SEMIABERTO. IMPRESCINDIBILIDADE DE CUIDADOS DE FILHO MENOR. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. REEXAME PROBATÓRIO VEDADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. LIMINAR CASSADA.

[...]

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 146.641/SP, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, concedeu habeas corpus coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo, dentre outras orientações, da aplicação das cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

4. Este Superior Tribunal de Justiça entende que não cabe a concessão de prisão domiciliar com fulcro no art. 318 do CPP e no entendimento firmado pela Suprema Corte no HC coletivo 146.641/SP, quando se tratar de condenação definitiva.

5. Esta Corte tem posicionamento de que, embora o art. 117 da LEP estabeleça como requisito para o deferimento da prisão domiciliar o cumprimento da pena no modo aberto, é possível a extensão de tal benefício aos sentenciados recolhidos no regime fechado ou semiaberto quando a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade

(HC 375.774/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

6. Na hipótese, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam pela negativa do pedido de prisão domiciliar, ao fundamento de que a presença da paciente não é imprescindível aos cuidados de seu filho menor, que está sob os cuidados da tia, irmã da apenada. Ora, a modificação desse entendimento - a fim de conceder o benefício da prisão domiciliar - ensejaria o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.

7. Habeas corpus não conhecido, cassando a liminar anteriormente concedida.

(HC 575.533/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 10/06/2020)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não foi possível analisar todas as nuances do cálculo da pena, em todas as suas fases, e a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, pois não se teve tempo hábil para análise de grande quantidade de acórdãos, e a maioria deles não possuem a discriminação da dosimetria completa. Contudo, foram tratados os casos mais recorrentes.

Percebe-se que na Corte Superior as decisões, em sua maioria, chegam com problemas pontuais da dosimetria e fixação do regime inicial da pena, não relativos a todo o cálculo. Ademais, a grande limitação observada é que não é possível o revolvimento do conjunto fático-probatório pela incidência da Súmula 7/STJ, devendo o magistrado julgar com base nas decisões proferidas nas instâncias ordinárias.

Ressalte-se que, no geral, o legislativo cria legislação penal rígida e os advogados tentam amenizar tais leis, criando teses que muitas vezes são acatadas pelo judiciário. (BUSATO,2020)

Passa-se, agora, a comparar as teses dos acórdãos com a doutrina e a Lei.

Na dosimetria de pena, se o crime se enquadra em alguma situação amparada pelo art. 40, III, da Lei 11.343/2006, é literalmente um caso de aumento de pena, aplicado pelo STJ e se enquadra na terceira fase da dosimetria da pena, apesar da doutrina alegar que as causas de aumento de pena se encontram na parte especial do código, esta, no caso, encontra-se na própria letra da lei. Inclusive, incidindo mesmo se o réu estiver preso e continuar traficando de dentro do presídio.

Conforme doutrina, na circunstância judicial da personalidade, leva-se em consideração a periculosidade do agente, considerando-se seu desenvolvimento na infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice, além disso, conduta social é o papel do réu em sociedade, contudo, segundo a Súmula 444/STJ, não se pode considerar inquéritos policiais e ações penais em curso para valoração negativa dessas circunstâncias no cálculo da pena-base.

Quanto às ações penais em curso, segundo a doutrina, não servem para aumentar a pena-base majorando a circunstância judicial da reincidência, porém servem para comprovar dedicação ao crime, afastando a possibilidade do uso do benefício da causa de diminuição de pena, na 3ª fase do cálculo da pena, inserta no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Vale lembrar, conforme a doutrina, nessa fase, a pena pode ir além do mínimo. Ademais, para incidir tal

minorante o agente tem de cumular todos os requisitos expressos na Lei, sendo impossível a verificação da presença de tais requisitos em sede do STJ.

Observou-se que há Tribunais de segunda instância que não compartilham do mesmo entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, aplicando tal minorante, mesmo o agente não tendo cumulado todas as exigências legais, que são a primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organizações criminosas.

Uma peculiaridade dos crimes de tráfico de drogas é que a quantidade excessiva de drogas encontrada com o criminoso e/ou a natureza da droga, a personalidade e a conduta social do agente provocam aumento da pena-base, tais circunstâncias são preponderantes sob as demais circunstâncias judiciais, fato não incluso na doutrina. Isso está inserto no art. 42, da Lei de Drogas. Demais, geralmente, quando há grande quantidade de entorpecente, há indícios de participação em organização criminosa, o que afasta a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da referida Lei, na terceira fase de fixação da pena.

Outra peculiaridade dos crimes de tráfico de drogas é que não há *bis in idem* na utilização da quantidade e natureza da droga nas primeira e terceira fases da fixação da pena, quando há outros indícios que indicam habitualidade delitiva, fato que aparentemente não segue a doutrina utilizada no presente trabalho, nem a diretiva do Supremo Tribunal Federal no ARE 666.334/AM, na qual defende a vedação ao *Bis in idem*. No entanto, deve-se atentar à condição estipulada.

De outra sorte, se a quantidade de drogas for pequena, incide a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que presentes as condições impostas pela Lei de modo cumulativo, para punir com menor rigor aquele indivíduo que não se utiliza do tráfico como meio de vida. Ressalte-se que há diferentes interpretações nos acórdãos quanto à possibilidade de aumento da pena-base, se só a quantidade e natureza da droga forem o fundamento, mesmo sendo em pequena quantidade.

Na segunda fase da dosimetria, tem-se divergência doutrinária quanto ao aumento ou diminuição da pena poder ultrapassar o máximo ou mínimo legal. Todavia, para o STJ, aplica-se a Súmula 231/STJ, na qual não é possível diminuir a pena abaixo do mínimo, na segunda fase.



Conforme doutrina, somente as ações penais com trânsito em julgado geram reincidência e/ou maus antecedentes, todavia, os processos criminais em curso afastam a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Outra particularidade do tratamento dos crimes de tráfico de drogas nas decisões do STJ, é que a associação para o tráfico é valorada na circunstância judicial de culpabilidade do agente, pois gera um grau maior de reprovabilidade.

A partir de agora, passa-se a examinar a fixação do regime prisional inicial.

Segundo a doutrina e a tese adotada no STJ, os crimes agraciados com a minorante do art. 33, § 4º, da referida Lei, não são equiparados a hediondos, podendo ser o regime inicial da pena privativa de liberdade diferente do fechado. Sendo a pena reduzida ao mínimo legal, a jurisprudência é fixar o regime inicial aberto.

O HC 596.603, abordado no capítulo 3, é um exemplo de discordância entre o Direito aplicado nas segundas instâncias e a jurisprudência do STJ. Inclusive, as Súmulas do STJ, muitas vezes, são ignoradas, como no caso deste HC em que várias Súmulas foram desconsideradas, como a de n. 440/STJ.

Nas penas menores do que 4 anos, não decaindo a pena para o mínimo legal, mesmo com incidência da minorante do art. 33, é de praxe o regime semiaberto, com fundamento na quantidade de drogas, nos requisitos desse artigo ou nas circunstâncias desfavoráveis.

Já nas penas superiores a 4 anos e inferiores a 8 anos, o regime inicial é fechado ou semiaberto, a depender dos quesitos listados no parágrafo anterior.

As condenações anteriores, se transitadas em julgado, em período menor que 5 anos, são valoradas negativamente como reincidência, todavia, se superam 5 anos, serão consideradas como maus antecedentes. Lembrando-se, ainda, que pode ser aplicada a Teoria do esquecimento nas condenações mais antigas. Assim, no caso de reincidência o regime imposto é, em geral, o fechado. Contudo, há divergência entre os doutrinadores e entre alguns destes e o STJ quanto ao cabimento do regime inicial fechado a reincidentes com pena igual ou inferior a 4 anos.

A prática do crime de tráfico de drogas com a participação de adolescentes é fundamento idôneo para a fixação do regime inicial mais gravoso.

Percebe-se, então, que nos crimes de tráfico de drogas, pode-se optar por regime inicial da pena privativa de liberdade mais gravoso, devido às suas peculiaridades e ao caso concreto, consoante doutrina.

No que concerne à concessão de prisão domiciliar a homens e mulheres que se enquadram no art. 117 da LEP, verificou-se especificamente que as gestantes e a mãe de menor de 12 anos ou pessoa com necessidades especiais que requerem cuidado, é concedida nos crimes de tráfico de drogas também, desde que cumulados os requisitos do art. 112, § 3º, da LEP, e mesmo o regime inicial sendo semiaberto ou fechado. Então, ainda que a quantidade de drogas encontrada com a ré for excessiva, isoladamente, não impede a concessão de prisão domiciliar a essas mulheres.

Portanto, as grandes dificuldades observadas no cálculo da pena e na fixação do regime prisional inicial que chegam à terceira instância são as divergências na própria doutrina e nas interpretações da Lei, acarretando que os Tribunais *a quo*, muitas vezes, não coadunam com a jurisprudência aplicada no STJ. Assim, ressalte-se a importância de se ter um Tribunal Superior para uniformizar a legislação infraconstitucional, e obter-se mais isonomia.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Vitor Barbosa de. TESE INSTITUCIONAL 04. **EDEPAR**. I Encontro Estadual, 2017. Disponível em:  
[http://www.edepar.pr.def.br/arquivos/File/Encontro\\_de\\_Teses/Integra\\_das\\_Teses/Tese\\_04.pdf](http://www.edepar.pr.def.br/arquivos/File/Encontro_de_Teses/Integra_das_Teses/Tese_04.pdf). Acesso em: 22 mar. 2021.
- BELLO, Ney. **Reforma na Lei de Drogas**: descriminalizar o uso e aumentar penas para o tráfico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-10/crimes-castigo-descriminalizar-uso-drogas-aumentar-penas-trafico>. Acesso em: 09 set. 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1.
- BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 30 mar. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm). Acesso em: 21 mar. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdãos. **Ementas**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 20 dez. 2020
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ concede habeas corpus a mais de mil presos de SP que cumprem pena indevidamente em regime fechado. **STJ Notícias**. 2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08092020-STJ-da-habeas-corpus-a-mais-de-mil-presos-de-SP-que-cumprem-pena-indevidamente-em-regime-fechado.aspx>. Acesso em: 09 set. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>. Acesso em: 31 jan. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 27 mar. 2021.
- BRASILEIRO, Renato. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Editora JusPodium, 2015.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020. v. 1.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, RODRIGO MURAD. Regime inicial fechado para crimes hediondos: inconstitucionalidade? **Jusbrasil**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/417291724/regime-inicialmente-fechado-para-crimes-hediondos-inconstitucionalidade>. Acesso em: 22 mar. 2021.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

## ANEXO A – HC 596.603/SP

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS INDIVIDUAL E COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DIRETRIZES REGISTRADAS PELA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO HC N. 143.641 (PLENO). PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DA CIDADANIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, LEI N. 11.343/2006). TRÁFICO. DEFINIÇÃO LEGAL (ART. 112, §5º, LEI N. 7.210/1984). CRIME NÃO HEDIONDO. CONECTÁRIOS LÓGICOS EM RAZÃO DESSE RECONHECIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA. FORÇA NORMATIVA. ESTUDO DO INSTITUTO CONECTAS E DADOS ESTATÍSTICOS QUE CONFIRMAM O DESCUMPRIMENTO REITERADO PELO TRIBUNAL IMPUGNADO. DESRESPEITO AO SISTEMA DE PRECEDENTES. SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIDADE. ISONOMIA DO JURISDICIONADO. BUSCA À RACIONALIDADE PUNITIVA. PREDICATIVO ÍNSITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PROPORCIONALIDADE.

[...]

2. A moldura fática trazida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo - mais de mil presos, que, a despeito da reconhecida prática de crime de tráfico privilegiado, cumprem pena de um ano e oito meses, em regime fechado, com respaldo exclusivo no ultrapassado entendimento de que a conduta caracteriza crime assemelhado a hediondo - permite solução coletiva, por reproduzirem a mesma situação fático-jurídica. Precedente (HC n. 575.495/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T, julgado em 2/6/2020, DJe 8/6/2020).

[...]

4. Segundo a interpretação, consolidada e antiga do Supremo Tribunal Federal (HC n. 111.840, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 17/12/2013), conforme à Constituição da República, não é considerado hediondo o delito de tráfico de drogas, na modalidade prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 (caracterizada pela quantidade de drogas apreendida não elevada e por ser o agente primário, sem antecedentes penais e sem envolvimento com atividade ou organização criminosa).

5. Em decorrência dessa interpretação, que sobreleva os princípios da presunção de inocência e da individualização da pena, a natureza não hedionda do crime em exame desautoriza prisão preventiva sem a análise concreta dos requisitos do art. 312 do CPP (HC n. 104.339, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 06/12/2012), afasta a proibição, prevista art. 44 da Lei 11.343/2006, de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos (HC n. 97.256, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Ayres Britto, DJe 15/12/2010), e impõe, portanto, tratamento penal com "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" (HC n. 118.533, Tribunal Pleno, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 19/9/2016).

6. Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, é clara e reiterada a dicção de enunciados sumulares dos Tribunais Superiores, segundo os quais "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" (Sum. 718 do STF), "A imposição do

regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Sum. 719 do STF) e "É vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito" (Sum. 440 do STJ).

[...]

8. A partir da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, que conferiu nova redação ao art. 112, § 5º, da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984), "Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006".

9. Deveras, não condiz com a racionalidade punitiva, ínsita a um Estado Democrático de Direito, que a todo e qualquer autor de tráfico de drogas se imponha o cumprimento de sua pena em estabelecimento penal, em regime fechado, e sem direito a qualquer alternativa punitiva, mesmo se todas as circunstâncias judiciais e legais sejam reconhecidas a seu favor (quantidade pequena de droga, primariedade e bons antecedentes do agente, além de não demonstração de seu envolvimento em atividade ou organização criminosa).

[...]

11. A individualização da sanção penal (alçada a direito fundamental, inscrito no art. 5º, XLVI da Constituição da República) não se limita à quantidade da pena; o seu regime e a modalidade da reprimenda imposta também compõem essa ideia, que carrega em si a proporcionalidade da pena. Se o Código Penal determina que, fixada a sanção em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime inicial de pena há de ser o aberto quando as circunstâncias forem todas favoráveis ao agente (art. 33, § 2º c/c 59, do CPB), permitindo também substituir a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CPB), não há razão para impor-se a condenados pela modalidade mais tênue do crime de tráfico de entorpecentes o mesmo regime de pena que, ex vi lege, se costuma impingir somente a quem é condenado por outros crimes, ou mesmo por tráfico, a mais de 8 anos de pena, ou a reincidentes ou portadores de circunstâncias desfavoráveis.

12. A documentação, trazida em aditamento à impetração, alude a 1100 homens e mulheres que cumprem pena em regime fechado no sistema penitenciário do Estado de São Paulo, e sem lhes haver sido autorizada a conversão da privativa de liberdade em restritiva de direitos, a despeito de terem sido condenados à sanção mínima do tráfico privilegiado (1 ano e 8 meses de reclusão), ou, quando muito, a uma pena menor que 4 anos de reclusão. A menos que cumpram pena por outro motivo, são pessoas que se encontram indevidamente recolhidas ao precário sistema penitenciário, onerando ainda mais a sociedade, que poderia se beneficiar com serviços comunitários, houvessem as respectivas sanções reclusivas sido convoladas em restritivas de direito.

[...]

18.3.2. O condenado por crime de tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a pena inferior a 4 anos de reclusão, faz jus a cumprir a reprimenda em regime inicial aberto ou, excepcionalmente, em semiaberto, desde que por motivação idônea, não decorrente da mera natureza do crime, de sua gravidade abstrata ou da opinião pessoal do julgador;

18.3.3. O condenado por crime de tráfico privilegiado, nas condições e nas ressalvas da alínea anterior, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

18.3.4. O autor do crime previsto no art. 33, § 4º da LAD não pode permanecer preso preventivamente, após a sentença (ou mesmo antes, se a segregação cautelar não estiver apoiada em quadro diverso), porque: a) O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal - e copiosa jurisprudência das Cortes Superiores - afastou a vedação à liberdade provisória referida no art. 44 da LAD;

b) Não é cabível prisão preventiva por crime punido com pena privativa máxima igual ou inferior a 4 anos (art. 313, I do Código de Processo Penal);

c) O tempo que o condenado eventualmente tenha permanecido preso deverá ser computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (art. 387, § 2º do CPP), o que, a depender do tempo da custódia e do quantum da pena arbitrada, implicará imediata soltura do sentenciado, mesmo se fixado o regime inicial intermediário, ou seja, o semiaberto (dado que, como visto, não se mostra possível a inflição de regime fechado ao autor de tráfico privilegiado).

[...]

20. Na espécie, a gravidade excepcional do delito não se sustenta, visto que o crime foi praticado em circunstâncias inerentes à caracterização da própria figura delitiva em apreço e, embora apreendidas cocaína e crack, a quantidade da droga, ao contrário do afirmado, não foi relevante (5,6 g no total).

21. Habeas Corpus concedido, para: 21.1. Em relação ao paciente individualizado na impetração, fixar o regime aberto como modo inicial de cumprimento da pena.

21.2. Em relação aos presos que, conforme informação da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, se encontrem na mesma situação (condenados, por delito de tráfico privilegiado, a 1 ano e 8 meses, em regime fechado), fixar o regime aberto.

21.3. Em relação aos presos condenados, pelo delito de tráfico privilegiado, a penas menores do que 4 anos de reclusão - salvo os casos do item anterior - determinar que os respectivos juízes das Varas de Execução Penal competentes e responsáveis pela execução das sanções dos internos reavaliem, com a máxima urgência, a situação de cada um, de modo a verificar a possibilidade de progressão ao regime aberto em face de eventual detração penal decorrente do período em que tenham permanecido presos cautelarmente.

21.4. Aos condenados que atualmente cumprem pena por crime de tráfico privilegiado, em que se reconhecem todas as circunstâncias como favoráveis, e aos que vierem a ser sancionados por tal ilicitude (mesmas circunstâncias fáticas), determinar que não se imponha - devendo haver pronta correção aos já sentenciados - o regime inicial fechado de cumprimento da pena.

[...]

(HC 596.603/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 22/09/2020)