



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.394 - SP (2011/0294195-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DOUGLAS DE LIMA RODRIGUES
ADVOGADO : DOUGLAS DE LIMA RODRIGUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON CARLOS GONÇALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PLEITO DE ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA. MODIFICAÇÃO PARA O PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ALTERAÇÃO PARA O REGIME INICIAL SEMIABERTO. RELATORA PARCIALMENTE VENCIDA NO PONTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na espécie, não se mostra expressiva a quantidade da droga apreendida – 25 porções de *crack*, com peso aproximado de 6g (seis gramas) –, porém, a natureza da substância entorpecente justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços). Desse modo, deve ser aplicada a fração intermediária de 1/3 (um terço), em observância à proporcionalidade necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No entanto, consoante o pronunciamento da douta maioria da Quinta Turma, tendo em vista a natureza da droga apreendida com o Paciente, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, restando vencida, no ponto, a Relatora.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

7. Assim, afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, deve o Juízo competente analisar se o Acusado preenche ou não os requisitos para a obtenção da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

8. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, no tocante à dosimetria da pena e ao correspondente regime prisional, nos termos explicitados, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Votou parcialmente vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.394 - SP (2011/0294195-1)

IMPETRANTE : DOUGLAS DE LIMA RODRIGUES
ADVOGADO : DOUGLAS DE LIMA RODRIGUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON CARLOS GONÇALVES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON CARLOS GONÇALVES, preso em flagrante delito no dia 08/08/2010 e condenado às penas de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo.

Insurge-se a presente impetração, de início, contra o patamar de redução pela aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas. Afirma-se, em síntese, que "[...] a justificativa do magistrado e a confirmação por parte da autoridade coatora, ao afirmarem que o paciente não confessou o crime em análise, não é motivo plausível para que sua pena fosse reduzida em apenas 1/6, fato que por si só caracteriza um constrangimento ilegal ao paciente" (fl. 07).

Busca-se, ainda, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos.

Pede-se, em liminar, a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 40/41.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 49/51, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 77/8,, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.394 - SP (2011/0294195-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PLEITO DE ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA. MODIFICAÇÃO PARA O PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ALTERAÇÃO PARA O REGIME INICIAL SEMIABERTO. RELATORA PARCIALMENTE VENCIDA NO PONTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na espécie, não se mostra expressiva a quantidade da droga apreendida – 25 porções de *crack*, com peso aproximado de 6g (seis gramas) –, porém, a natureza da substância entorpecente justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços). Desse modo, deve ser aplicada a fração intermediária de 1/3 (um terço), em observância à proporcionalidade necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No entanto, consoante o pronunciamento da douta maioria da Quinta Turma, tendo em vista a natureza da droga apreendida com o Paciente, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, restando vencida, no ponto, a Relatora.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n.º 11.343/2006.

7. Assim, afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, deve o Juízo competente analisar se o Acusado preenche ou não os requisitos para a obtenção da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

8. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, no tocante à dosimetria da pena e ao correspondente regime prisional, nos termos explicitados, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante delito no dia 08/08/2010, trazendo consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 25 porções de *crack*, com peso aproximado de 6g (seis gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O Juízo sentenciante, referendado pelo Tribunal de origem, condenou o ora Paciente às penas de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 410 dias-multa. A causa especial de diminuição de pena constante do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas foi aplicada na fração de 1/6 (um sexto), mediante os seguintes fundamentos, *ad litteram*:

"[...] Na terceira fase, observo a presença da causa especial de redução de pena prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei de Drogas, eis que o agente é primário, de bons antecedentes e não foi demonstrado sem sombra de dúvidas que integrasse organização criminosa. Por outro lado, considerando que o réu não confessou de forma espontânea, tentou imputar fato falso aos milicianos e foi encontrado com grande quantidade de droga em evidente circunstância de tráfico, não se justifica a redução máxima prevista no artigo 33, motivo pelo qual faço a redução no mínimo legal (1/6) para fixá-la em 04 anos e 02 meses de reclusão e ao pagamento de 410 dias-multa. [...]" (Fl. 58).

Busca-se, na presente impetração, em suma, que incida a minorante em questão no seu grau máximo (dois terços).

O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que o "*juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto*" (grifei). Esse critério, por certo, deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar, de modo adequado, a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas, de modo adequado.

Não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico, os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer o *quantum* de redução a ser aplicado em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. ORDEM DENEGADA.

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

2. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a elevada quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com a paciente - 1,540 kg de "crack", cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

3. Ordem denegada." (HC 150.406/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 09/03/2011.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Correta a aplicação da minorante em seu patamar mínimo, com fundamento na expressiva quantidade de droga apreendida, sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, que a reprimenda é necessária e suficiente para reprovação do crime, apesar da pena-base ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sido fixada no mínimo legal. Precedente.

3. *Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na fixação da reprimenda, devidamente fundamentada, nos termos do art. 93, inciso IX da Constituição Federal.*

4. *Ordem denegada.*" (HC 133.277/PR, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 15/06/2009.)

Na espécie, além de ter o Juízo sentenciante fundamentado a escolha do patamar de redução da pena nas circunstâncias em que o delito foi praticado, ressaltou, ainda, a grande quantidade de droga. Contudo, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a redução da pena em 1/6 (um sexto) deve ser modificada.

Com efeito, não se mostra expressiva a quantidade da droga apreendida – 25 porções de *crack*, com peso aproximado de 6g (seis gramas) –, porém, a natureza da substância entorpecente justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

Assim, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime, entendo que deve ser aplicada a fração intermediária de 1/3 (um terço).

A propósito, vejam-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

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

2. *Não há ilegalidade na escolha do redutor no patamar de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza, a diversidade e a quantidade de drogas apreendidas - 15,7g (quinze gramas e sete decigramas) de cocaína pulverizada e 7,2g (sete gramas e dois decigramas) de cocaína sob a forma de crack, divididas em 24 pedras.*

TRÁFICO. PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. COMETIMENTO DO DELITO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

1. *A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, independentemente da quantidade de sanção firmada.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE EXAME PELA CORTE ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO.

1. A questão da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não ter sido debatida pelo Tribunal de origem, não pode ser apreciada diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 224.559/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 30/04/2012.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.

2. O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime.

3. Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços).

4. Habeas corpus denegado." (STF, HC 100.755/AC, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 07/05/2010.)

Desse modo, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal (05 anos de reclusão e 500 dias-multa), a qual se manteve inalterada na segunda etapa de aplicação da pena, com a incidência do redutor do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar de 1/2 (metade), fica a reprimenda quantificada em **03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.**

De outra parte, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, é conhecida a posição desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90.

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes hediondos e equiparados.

Confira-se a ementa do julgado:

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

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

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

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

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (STF, HC 111.840/ES, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado no dia 27/06/2012.)

Com efeito, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado individualizar a reprimenda do condenado, conforme o caso concreto. No ponto, cumpre transcrever os fundamentos do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07."

Desse modo, consoante orientação da Suprema Corte, afastada a disposição constante do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se observar o que dispõe o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No entanto, na sessão de julgamento do dia 25/09/2012, a Quinta Turma, por maioria, nos termos do voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro Jorge Mussi, entendeu que, pela natureza da droga apreendida com o Paciente, seria adequada a fixação do regime inicial semiaberto, tema no qual fiquei vencida.

Por fim, no que se refere ao alegado direito à substituição da reprimenda corporal, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.” (STF, HC 97.256/RS, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

180.812/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011.

Recentemente, desde 15/02/2012, a discussão perdeu sentido, em virtude da edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da mencionada vedação, *in verbis*:

"RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012."

Assim, afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, deve o Juízo competente analisar se o Acusado preenche ou não os requisitos para a obtenção da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, no tocante à dosimetria da pena e ao correspondente regime prisional, nos termos explicitados, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.394 - SP (2011/0294195-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (PRESIDENTE): Se a substância ilícita é o *crack*, somente quando a pena fixada é de 1 (um) ano e 8 (oito) meses que temos dado o regime aberto.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, 1/3 de redução, com o regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.394 - SP (2011/0294195-1)

VOTO-VENCEDOR

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WELLINGTON CARLOS GONÇALVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento da Apelação nº 0002863-60.2010.8.26.0136, interposta pela defesa, negou provimento ao recurso, mantendo a sentença que condenou o paciente ao cumprimento de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 410 (quatrocentos e dez) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a redução da pena pela aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas teria sido realizada em patamar diverso do máximo legalmente previsto sem fundamentação idônea que justificasse a medida.

Defende que o fato do paciente não haver confessado a prática delituosa que lhe era imputada não configuraria argumento hábil para autorizar a redução da pena na fração mínima, de 1/6 (um sexto), prevista no mencionado dispositivo legal, sob pena de restarem malferidos os princípios da reserva legal e da individualização da pena.

Argumenta, ainda, que uma vez concedida a pretendida minorante, cabível seria o deferimento da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, "*por se tratar de tráfico privilegiado*", sobretudo considerando-se que "*o Paciente foi condenado por delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, e teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, tanto que sua pena restou fixada no patamar mínimo*" (fls. 8/9).

Requeru, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

No mérito, postula pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em seu patamar máximo, bem como que seja deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida pela Excelentíssima Senhora Relatora, Ministra Laurita Vaz, por decisão de fls. 40/41.

Solicitadas informações, estas foram prestadas.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

O presente *writ* foi submetido a julgamento por esta Quinta Turma, tendo a Excelentíssima Senhora Ministra Relatora votado no sentido de conceder parcialmente a ordem, para aplicar o patamar de redução de 1/3 (um terço), diante da incidência da minorante descrita pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, restando a sanção do paciente definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, e determinar que o Juízo da Execução avaliasse o preenchimento ou não dos requisitos necessários para o deferimento da substituição de penas na hipótese, restando, contudo vencida quanto ao regime prisional, que fixou-se no semiaberto, cabendo-me a incumbência de lavrar voto-vencedor quanto a este ponto.

É o relatório.

Trata-se de *habeas corpus* visando a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em seu patamar máximo, bem como o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em ação penal a que o paciente restou condenado pelo delito de tráfico de drogas.

Como visto, no julgamento proferido pela Quinta Turma deste STJ, decidiu-se, nos termos do voto da Excelentíssima Senhora Ministra Relatora, pela concessão parcial da ordem, para alterar para 1/3 (um terço) o patamar de redução da pena, diante da incidência da minorante descrita pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, restando a sanção do paciente definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, bem como para determinar que o Juízo da Execução avaliasse o preenchimento ou não dos requisitos necessários para o deferimento da substituição de penas na hipótese, tendo optado-se, quanto ao regime prisional, pela imposição do inicial semiaberto, ponto em que a Eminentíssima Relatora restou vencida, .



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 410 (quatrocentos e dez) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º da Lei n.º 11.343/2006, porque no dia **8-8-2010**, foi surpreendido guardando e transportando 25 (vinte e cinco) pedras de *crack*, embaladas e prontas para serem comercializadas, pesando o total de 6g (seis gramas) (fls. 17 e 52).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação criminal perante a Corte Estadual, que negou provimento ao recurso, mantida, na íntegra, a sentença condenatória.

Quanto ao regime de cumprimento da pena fixado ao condenado, evidencia-se que o Juízo sentenciante escolheu o modo inicial mais gravoso, "*pois se trata de crime equiparado ao hediondo, sendo aplicável o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90*" (fls. 59).

A Corte de origem, por sua vez, manteve a fixação de regime inicial fechado para o desconto da reprimenda, assim fundamentando:

Por derradeiro, o regime prisional fixado (inicial fechado), para o desconto da privativa de liberdade, não há de ser alterado, por duas razões principais: a uma, porque o fechado foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o delito pelo qual foi condenado o apelante - tráfico de drogas -, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar, observado, ainda, o disposto no artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, [...]. (fls. 22/23)

De se observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, de ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

E, em assim sendo, verifica-se a ocorrência de constrangimento ilegal nesse ponto, pois não obstante a natureza mais lesiva do entorpecente capturado em poder do paciente, o montante de pena definitivamente estabelecido é bem inferior a 8 (oito) anos de reclusão, revelando-se proporcional, *in casu*, o estabelecimento do modo semiaberto, diante dos fatores já apontados, previstos no art. 42 da Lei de Drogas, orientador da aplicação da reprimenda e seus consectários legais, como o regime prisional.

Nesse diapasão tem-se, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N.º 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. [...].

1. Com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve se iniciar no regime mais gravoso.

2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

3. No caso, apesar de tratar-se de réu primário, com bons antecedentes, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, entendo que a variedade de entorpecente - lembro: 1,20 g (um grama e vinte decigramas) de maconha, mais 20 (vinte) pedras de crack, pesando 6,5 g (seis gramas e cinco decigramas) - recomenda o estabelecimento do regime semiaberto para o início da expiação.

[...]

5. Ordem parcialmente concedida, tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

(HC 209.419/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 19/12/2011)

Diante do exposto, votei pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus*, para estabelecer o regime semiaberto para o início da execução da pena imposta ao paciente, acompanhando a Exma. Sra. Ministra Relatora no restante.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0294195-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 227.394 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2863602010 28636020108260136 8402010 928904

EM MESA

JULGADO: 25/09/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DOUGLAS DE LIMA RODRIGUES
ADVOGADO : DOUGLAS DE LIMA RODRIGUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON CARLOS GONÇALVES

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Votou parcialmente vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.