



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 130.631 - GO (2009/0041298-7)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RODRIGO DE SOUZA MOHAMID (PRESO)
ADVOGADO : ALESSANDRO LISBOA PEREIRA E OUTRO(S)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. DECISÃO DO RELATOR QUE CONCEDEU, EM PARTE, A ORDEM, PARA REDUZIR A PENA DO PACIENTE E ESTABELECE O REGIME SEMIABERTO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, **CAPUT** E § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DA PENA NO PATAMAR MÁXIMO DE DOIS TERÇOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO, FIXADO, NA CONDENAÇÃO, APENAS COM FUNDAMENTO NA DISPOSIÇÃO LEGAL, PREVISTA NO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE REAVALIAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, EM FACE DOS ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS, DO REGIME PRISIONAL INICIAL, A SER APLICADO AO PACIENTE, À LUZ DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. "O art. 42 da Lei n. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos" (STJ, HC 227.490/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012).

VI. Resta demonstrada motivação concreta e adequada, para justificar a fixação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 aquém de 2/3 (dois terços), devendo ser mantido, à míngua de manifesta ilegalidade, o patamar de 1/6 (um sexto), aplicado pelo acórdão do TJ/GO, em sede de apelação.

VII. A determinação do regime inicial fechado foi fundamentada, na sentença – mantida, no ponto, integralmente, pelo acórdão impugnado –, tão somente na disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007.

VIII. A questão concernente ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, nos crimes hediondos, foi objeto de julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 111.840/ES, em 27/06/2012, ocasião em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, sendo afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos.

IX. As instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos dos autos, à luz dos critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente.

X. Conquanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, constante dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, tenha sido declarada inconstitucional, incidentalmente, pelo STF (HC 97.256/RS), a pena definitiva do paciente foi fixada – e mantida – em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, o que justifica o indeferimento do benefício, mormente por se tratar, no caso, de Agravo Regimental exclusivo do Ministério Público.

XI. Agravo Regimental provido, para, reformando a decisão agravada, não conhecer do presente **Habeas corpus**, porquanto substitutivo de Recurso Especial. Porém, concede-se, de ofício, a ordem, apenas para determinar que o Juízo das Execuções Penais reavalie, em face dos elementos concretos dos autos, a aplicação do regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, afastada a disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional, pelo STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental para, reformando a decisão agravada, não conhecer do presente habeas corpus, porém, conceder a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 130.631 - GO (2009/0041298-7)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de decisão da lavra do Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), então Relator, que concedeu, em parte, o **Habeas corpus**, "para reduzir a pena do paciente na ação de que se cuida ao patamar de 2 anos de reclusão, e 400 dias-multa, estabelecendo o regime semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade" (fl. 67e).

Alega o agravante que "não poderia ser a pena reduzida pelo percentual máximo, em virtude do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista que algumas circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu, como reconhecido pelo eminente Relator, tanto que, acertadamente, indeferiu o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fl. 77e); que "a expressiva quantidade e qualidade de drogas apreendidas – mais de oitenta gramas de cocaína –, sua personalidade violenta, assim como a motivação dirigida à obtenção de lucro fácil poderiam autorizar a fixação da pena-base acima do mínimo legal cominado, como de fato ocorreu" (fl. 77e); que, "se a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, varia entre dois limites – um sexto a dois terços – deve o Juiz, em atenção ao princípio da individualização da pena, fundamentar sua opção por determinado percentual, seja o mínimo, seja o máximo, seja outro intermediário" (fl. 78e); que, reconhecidas, no caso, circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais levaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, "mostra inadequada (...) a opção do redutor máximo ora adotada na decisão agravada" (fl. 82e).

Sustenta, outrossim, quanto à fixação, pela decisão agravada, para o paciente, do regime prisional inicialmente semiaberto, que "a Lei 11.464/2007 dispõe que para os crimes hediondos e equiparados, deve ser fixado o inicial fechado" (fl. 83e); que "não está qualquer órgão fracionário (...) autorizado a negar a aplicação a dispositivo de lei, ainda que não se declare inconstitucional, sob pena de violar a cláusula da reserva de Plenário prevista no art. 97 da Carta da República" (fl. 84e).

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do Agravo Regimental, para "denegar integralmente a ordem impetrada" (fl. 85e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 130.631 - GO (2009/0041298-7)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A decisão agravada tem o seguinte teor, *in verbis*:

"Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Rodrigo de Souza Mohamid, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Goiás.

Colhe-se dos autos que o paciente, denunciado, por ter sido flagrado, trazendo consigo e guardando, para fins de mercancia ilícita, cerca de 100 gramas de cocaína, armazenada em invólucros plásticos, foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 dias-multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da defesa, para, aplicando a causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diminuir a pena do paciente para 5 anos de reclusão, mantida nos demais termos a sentença condenatória.

Busca a impetração que a aludida causa de redução de pena seja aplicada em seu grau máximo. Pleiteia, ademais, a fixação de regime menos gravoso para o desconto da reprimenda, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida pelo antigo relator, Ministro Paulo Gallotti, à fl. 37.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 41/50), opinou pela denegação da ordem.

Os autos foram a mim atribuídos (fl. 58).

Tenho que o pedido merece ser parcialmente deferido.

O Tribunal de origem, ao fixar em 1/6 o percentual da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, assim se manifestou:

"Merece guarida, entretanto, a pretendida concessão do benefício do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, vez que o apelante preenche seus requisitos, pelo que reduzo a pena-base de 6 (seis) anos em 1/6, resultando em 5 (cinco) anos de reclusão, quantum este



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correspondente à pena definitiva, ante a inexistência de outras causas de aumento ou diminuição." (fl. 31)

Quanto ao pedido de aplicação da causa de diminuição de pena em seu grau máximo, mostra-se presente o constrangimento ilegal, tendo em vista que as instâncias ordinárias não apresentaram qualquer fundamento concreto para justificar a aplicação do percentual mínimo.

Assim, preenchidos os requisitos legais pelo paciente, fixada a pena-base pelo magistrado um pouco acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa - não questionada na presente impetração - impõe-se a aplicação da aludida causa de redução de pena no máximo legal, ou seja, em 2/3, restando a pena do paciente, ausentes outras causas de aumento ou diminuição, definitivamente estabelecida em 2 anos de reclusão, e 400 dias-multa.

Nesse sentido:

A - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEZESSEIS GRAMAS DE COCAÍNA E TRINTA E NOVE GRAMAS DE MACONHA. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS NºS 11.343/06 E 11.464/07. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM GRAU MÁXIMO. POSSIBILIDADE. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS, RECONHECIMENTO DA PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. Preenchidos os requisitos legais e não havendo particularidades a ensejar a adoção de percentual diverso – pequena quantidade de droga apreendida (16 gramas de cocaína e 39 gramas de maconha) –, deve ser aplicada a causa de diminuição da pena no patamar máximo (dois terços).

1. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

2. Considerando a quantidade de pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão; a primariedade e os bons antecedentes; e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é devido o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e também a substituição da sanção corporal por duas medidas restritivas de direitos.

3. Ordem concedida para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo, consequentemente, a reprimenda imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto. Substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções." (HC nº 168.679/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 23/8/2010.)

B - "PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**).

II - No caso concreto, verifica-se que a r. sentença condenatória carece, na aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, no percentual de 1/3 (um terço), de fundamentação objetiva imprescindível.

III - Assim, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 consideradas totalmente favoráveis e, por fim, pequena a quantidade de droga apreendida, faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), por preencher os requisitos legais.

Ordem concedida." (HC nº 136.335/MG, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJe de 13/10/2009.)

De outro lado, **quanto à fixação do regime prisional**, disse o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de origem:

"De outra parte, não procede o pleito de fixação do regime semiaberto ou aberto para o cumprimento da pena, pois a Lei nº 11.464/08, que conferiu nova redação ao § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, embora tenha afastado o óbice à progressão prisional, foi categórica ao estabelecer o regime fechado para os crimes considerados hediondos, como é o caso." (fl. 31)

Como visto, o regime prisional fechado foi mantido apenas em razão do óbice legal constante do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, em dissonância com o entendimento sufragado pela Sexta Turma desta Corte de Justiça, no sentido de não possuir aplicação literal o dispositivo aludido, eis que alheio às particularidades do caso concreto, sendo mister a observância do princípio da individualização da pena.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI N.º 11.343/06. 1. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. RÉU PRIMÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, NEM QUE SE DEDIQUE À ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INCIDÊNCIA. 3. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. 4. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não obstante o colegiado do Tribunal de origem não ter examinando a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior. Precedentes.

2. Em sendo o acusado primário, sem antecedentes desabonadores, e não se comprovando qualquer participação do paciente em organização criminosa ou de sua dedicação à atividade criminosa, é de ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a incidência da causa de diminuição, reduzindo a pena aplicada, e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda. Mantida as demais cominações estipuladas no acórdão." (HC nº 154.570/RS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 10/5/2010.)

Assim, no caso em apreço, muito embora a quantidade de pena aplicada ao paciente - 2 anos de reclusão - não supere os 4 anos, e ainda que reconhecida a sua primariedade, mostra-se razoável a fixação do regime intermediário, diga-se, o semiaberto, para cumprimento da sanção corporal, levando-se em conta que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal em razão do reconhecimento de desfavoráveis circunstâncias judiciais.

Por fim, em relação à substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, carece de razão a impetrante.

Isso porque, muito embora se admita a possibilidade de substituição da pena para o crime de tráfico de entorpecentes, e a reprimenda imposta seja inferior a 4 anos de reclusão, o certo é que, no caso em apreço, o paciente não preenche todos os requisitos legais para a concessão do benefício, tendo sido reconhecidas como desfavoráveis, pelas instâncias ordinárias, algumas circunstâncias judiciais, o que justificou a elevação da pena-base em 1 ano acima do mínimo legal - exacerbação esta não questionada na presente impetração.

Assim, diante do reconhecimento da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inviável a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

São os nossos precedentes:

A - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. SENTENÇA. RECONHECIMENTO. APELO EXCLUSIVO DA DEFESA. DECOTE. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATUAVA COMO 'MULA'. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e a escolha por regime prisional mais severo.

2. Na hipótese, houve a exasperação da reprimenda sob o argumento de que a paciente teria cometido o delito visando o lucro fácil, motivação inerente ao tipo penal.

3. Configura constrangimento ilegal a exclusão de causa de diminuição reconhecida na sentença se o apelo foi interposto somente pela defesa.

4. Além disso, o fato de as instâncias ordinárias terem asseverado que a conduta da paciente se amoldaria à comumente denominada 'mula' não impede a incidência da referida minorante.

5. A considerável quantidade de drogas apreendida - cerca de 1 quilo de cocaína - é justificativa hábil a obstar a aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar máximo. Assim, mostra-se razoável a fração de 1/3 (um terço), utilizada pelo Juiz do processo.

6. Tendo o crime sido praticado antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007, ela não se lhe pode aplicar, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade da norma penal mais gravosa.

7. Muito embora a reprimenda final não alcance 4 (quatro) anos de reclusão, é devido o estabelecimento do regime prisional intermediário, principalmente pelas características que envolvem a questão (apreensão de considerável quantidade de cocaína e internacionalidade do delito).

8. Pelas mesmas razões, não se mostra socialmente recomendável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, III, do Código Penal).

9. Ressalte-se que esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício mesmo se praticado na vigência da Nova Lei Antitóxicos, mas, na hipótese presente, a solução não se apresenta como adequada.

10. Ordem parcialmente concedida para, de um lado, afastando a circunstância judicial indevidamente valorada e restabelecendo a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/3 (um terço), reduzir a pena recaída sobre a ora paciente, de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa a 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 389 (trezentos e oitenta e nove) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da sanção corporal." (HC nº 144.293/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES, DJe de 9/8/2010.)**

B - "HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO COMO INCURSO NO ART. 12 DA LEI N.º 6.368/76. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE, NO CASO. REGIME PRISIONAL. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. No caso, em que pese a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis sobejamente reconhecidas nas instâncias ordinárias, a fundamentação apresentada pelo julgador não autoriza a fixação da pena-base no patamar implementado, havendo flagrante desproporcionalidade entre a sua exasperação e a motivação apresentada, ferindo, pois, o princípio da individualização da pena.

3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

4. Ausentes os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, não faz jus o Paciente à aplicação da minorante em questão.

5. Embora a pena definitivamente imposta ao Paciente seja inferior a 4 anos de reclusão, a presença de algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação do regime prisional semiaberto para o inicial cumprimento da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusiva.

6. "A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - que levaram à fixação da pena-base acima do mínimo legal e de regime mais gravoso - é motivo hábil a demonstrar a insuficiência da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal." (REsp 1.032.034/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 21/09/2009.)

7. **Habeas corpus** concedido, de ofício, para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnados, reduzindo-se a pena-base para 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, que corresponde à definitivamente fixada. Ordem parcialmente concedida, apenas para estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta." (HC nº 135.505/RS, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 21/6/2010.)

Ante o exposto, **concedo em parte o habeas corpus para reduzir a pena do paciente na ação de que se cuida ao patamar de 2 anos de reclusão, e 400 dias-multa, estabelecendo o regime semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade**" (fls. 61/68e).

Primeiramente, cabe esclarecer que o presente **Habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012) – quando se considerou incabível o **habeas corpus**, para substituir recurso ordinário constitucional, contra denegação da ordem, pelo STJ –, firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus**, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício, o que ora passo a fazer.

Entretanto, na hipótese vertente, entendo que há flagrante constrangimento ilegal, pelo menos em parte, passível da concessão da ordem de **habeas corpus**, de ofício.

A sentença de 1º Grau condenou o paciente pelo delito do art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006, fixando-lhe a pena-base acima do mínimo legal – **6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa** –, deixando de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ao asseverar:

"(...) Não se aplica ao presente caso o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que o acusado não é primário e, ainda, tem péssimos antecedentes criminais (fls. 66-80).

(...)

Atento as diretrizes legais, passo a dosar as penas:

CULPABILIDADE: que é alta e evidente, tendo em vista que o sentenciado, no seu perfeito juízo, tinha plena consciência da sua conduta e das consequências penais de seus atos, sendo-lhe perfeitamente exigida conduta diversa da praticada nas circunstâncias em que estava envolvido.

ANTECEDENTES: que são ruins (fls. 68-80).

CONDUTA SOCIAL: não há nos autos informações seguras quanto à conduta social do sentenciado ou no ambiente familiar.

PERSONALIDADE: tem personalidade mal formada, voltada à reincidência criminosa, o que demonstra a sua certidão criminal; trata-se de pessoa de índole violenta, ante o relatado nos autos.

MOTIVOS DO FATO: de reprovável consideração, pois assentado, indubitavelmente, em desejo de lucro fácil em desprezo da saúde e integridade física, psíquica e moral dos consumidores/viciados em drogas, que são vítimas; achou modo mais fácil de ganhar dinheiro, senão só pelo trabalho lícito.

CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME: as circunstâncias são normais para a presente espécie de delito.

Diante do exposto, **FIXO-LHE a PENA-BASE, considerando as circunstâncias judiciais acima, em 06 (SEIS) ANOS de reclusão e ao pagamento de 600 (SEISCENTOS) DIAS-MULTA**, sendo o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dia-multa equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato, tendo em vista a situação econômica do denunciado, que deverá ser devidamente atualizado monetariamente quando do julgamento.

Torno definitivas as penas acima, eis que não vejo presentes causas de aumento ou de diminuição da pena, sejam previstas na Parte Geral quanto Especial do Código Penal ou na Lei 11.343/06 por entender ser a reprimenda necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

A pena deverá ser cumprida no regime inicialmente fechado, nos termos do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.072/90, com a redação da Lei n. 11.464/07.

Incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a suspensão da execução da pena, na forma do artigo 77 do Código Penal" (fls. 19/21e).

Entretanto, como visto da decisão ora agravada, o Tribunal de 2º Grau, em sede de apelação, manteve a pena-base **acima do mínimo legal**, mas aplicou-lhe a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração **mínima** de 1/6 (um sexto), tendo a decisão ora agravada elevado essa fração ao **máximo** legal de 2/3 (dois terços).

Assim se fundamentou o acórdão de 2º grau, quanto à dosimetria:

"Para o tráfico ilícito de drogas é cominada pena mínima de 05 (cinco) e máxima de 15 (quinze) anos de reclusão, de modo que, reconhecendo que parte das circunstâncias judiciais desfavoreciam o acusado, o sentenciante fixou a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, isto é, pouco acima do mínimo legal, não merecendo, assim, qualquer alteração, pois fixada em patamar adequado e suficiente para a reprovação do crime, valendo ressaltar-se que, embora conste que responda a processos, não há registro de trânsito em julgado, pelo que seus antecedentes não podem ser considerados negativos.

Merece guarida, entretanto, a pretendida concessão do benefício do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, vez que o apelante preenche seus requisitos, pelo que reduziu a pena-base de 06 (seis) anos em 1/6 (um sexto), resultando em 05 (cinco) anos de reclusão, **quantum** esse correspondente à pena definitiva, ante a inexistência de outras causas capazes de alterá-lo.

De outra parte, não procede o pleito de fixação do regime semi-aberto ou aberto para o cumprimento da pena, pois a Lei nº 11.464/08, que conferiu nova redação ao § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, embora tenha afastado o óbice à progressão prisional, foi categórica ao estabelecer o regime fechado para os crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerados hediondos, como é o caso.

(...)

Assim, mantenho o regime inicialmente fechado, pois estabelecido em consonância com a legislação vigente" (fls. 30/32e).

Com efeito, a pacífica jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que a quantidade e a qualidade da droga apreendida – **in casu**, 100g de cocaína –, além de outras circunstâncias desfavoráveis, são causas suficientes para **afastar** a aplicação do grau máximo da minorante, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Nesse sentido, "esta Corte de Justiça Superior tem asseverado que a expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado é hábil a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a depender das peculiaridades da hipótese concreta" (STJ, AgRg no AREsp 180.580/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 18/03/2013).

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. SÚMULA 7 DESTA CORTE.

1. É iterativa a jurisprudência desta Corte no sentido de que os pleitos de absolvição e de desclassificação do delito de tráfico para o de uso de substância entorpecente constituem pretensões que demandam o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência de todo incompatível com a via eleita.

2. Quanto à concessão do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, é de se observar que o referido artigo, preconiza que nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. No caso ora em análise, a instância ordinária, conquanto tenha reconhecido a primariedade e os bons antecedentes do paciente, findou por afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, diante das circunstâncias em que envolveram a prática delituosa.

4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo probatório dos autos, providência descabida na via estreita do recurso especial.

5. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravada na íntegra, por seus próprios fundamentos.

6. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 118.659/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 20/03/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL TRÁFICO INTERNACIONAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E FIXAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. TRANSNACIONALIDADE. BIS IN IDEM EM RELAÇÃO AO TIPO PENAL DO TRÁFICO. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA APREENDIDA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO QUE SE MOSTRA O MAIS ADEQUADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o art. 557, § 1.º-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, é possível ao Relator dar provimento ao recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade.

2. O critério do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas de modo adequado. Não se trata de violação ao princípio do *ne bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

3. Os verbos "importar e exportar" inseridos no tipo significam, respectivamente, "trazer de fora" e "remeter para fora" (c.f. Dicionário Houaiss) podendo indicar, por exemplo, o transporte de algo de um Estado ou Município para outro Estado ou Município dentro de um mesmo país. Já a causa de aumento referente à transnacionalidade do delito nada mais é que a forma "qualificada" do delito, o que implica em um agravamento da reprimenda a ser imposta ao Acusado.

4. In casu, a Ré foi presa em flagrante com 7.710,2g de cocaína, sendo que a pena-base foi fixada em patamar acima do mínimo legal. Hipótese em a gravidade concreta do delito evidencia que o regime inicialmente fechado é o mais adequado.

5. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos.

6. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp 1.340.676/SP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 01/07/2013).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. TRANSNACIONALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/3. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

1. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231/STJ).

2. O art. 42 da Lei n. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade da substância apreendida e a sua natureza - 941,8 g de cocaína - justificam a não aplicação do redutor no grau máximo de 2/3.

4. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, Relator Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n. 11343/2006.

6. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que a paciente, conforme observado na sentença condenatória, não preenche os requisitos previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.

7. Ordem denegada" (STJ, HC 227.490/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE DO ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NECESSIDADE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PATAMAR CONCEDIDO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUALIDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. No caso de o remédio constitucional ter sido impetrado antes da alteração do referido entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal deverá ser enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

4. As Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância a natureza, a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

5. No caso concreto, o Tribunal a quo ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, insculpida no estatuto de repressão às drogas, teve em conta a qualidade e a quantidade da droga - 36,1 g de cocaína e 122,8 g de maconha -, de modo que aplicou-a de forma razoável e proporcional, atendendo aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

6. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabível" (STJ, HC 147.745/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (Desembargador Convocado do TJ/PR), QUINTA TURMA, DJe de 24/04/2013).

Portanto, percebe-se que há, no acórdão de 2º Grau, motivação concreta e adequada para justificar a fixação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 aquém de 2/3 (dois terços), diversamente do que entendeu a decisão ora agravada. Assim, à míngua de manifesta ilegalidade, no acórdão de 2º Grau, mantenho a fixação do redutor, no patamar de **1/6 (um sexto)**, como aplicado pelo TJ/GO, bem como a pena definitiva em **05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**.

Por sua vez, a sentença estabeleceu o regime inicial fechado, fundamentando-se, exclusivamente, na disposição do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, em virtude de hediondez do delito (fl. 21e).

Como se esclareceu, a determinação do regime inicial fechado foi fundamentada, na sentença – mantida, integralmente, pelo acórdão impugnado –, tão somente na disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007 (fl. 32e).

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, na sessão de 27/06/2012, o **Habeas corpus** 111.840/ES, deferiu a ordem e declarou, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com a redação conferida pela Lei 11.464/2007, vencidos os Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. A ata deste julgamento foi publicada no DJe de 02/08/2012.

Também o Informativo 672 do STF divulgou notícia sobre o julgamento, **in verbis**:

"É inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 ("Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: ... § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"). Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deferiu habeas corpus com a finalidade de alterar para semiaberto o regime inicial de pena do paciente, o qual fora condenado por tráfico de drogas com reprimenda inferior a 8 anos de reclusão e regime inicialmente fechado, por força da Lei 11.464/2007, que instituíra a obrigatoriedade de imposição desse regime a crimes hediondos e assemelhados – v. Informativo 670. Destacou-se que a fixação do regime inicial fechado se dera exclusivamente com fundamento na lei em vigor. Observou-se que não se teriam constatado requisitos subjetivos desfavoráveis ao paciente, considerado tecnicamente primário. Ressaltou-se que, assim como no caso da vedação legal à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito de tráfico – já declarada inconstitucional pelo STF –, a definição de regime deveria sempre ser analisada independentemente da natureza da infração. Ademais, seria imperioso aferir os critérios, de forma concreta, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo. Consignou-se que a Constituição contemplaria as restrições a serem impostas aos incursos em dispositivos da Lei 8.072/90, e dentre elas não se encontraria a obrigatoriedade de imposição de regime extremo para início de cumprimento de pena. Salientou-se que o art. 5º, XLIII, da CF, afastaria somente a fiança, a graça e a anistia, para, no inciso XLVI, assegurar, de forma abrangente, a individualização da pena. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que denegavam a ordem. **HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 27.6.2012. (HC-111840)**"

Assim, não há que se falar, no caso, em ofensa ao princípio da reserva de Plenário, eis que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito da inconstitucionalidade do dispositivo legal.

No entanto, as instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual seria o regime inicial adequado para o paciente.

Em situações análogas, a 6ª Turma do STJ tem concedido a ordem, de ofício, "para que o Juízo da Execução Penal reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal (...)" (STJ, HC 216.299/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, unânime, julgado em 25/09/2012, DJe de 05/10/2012). Em igual sentido: HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe de 24/08/2012.

Por fim, conquanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, constante dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, tenha sido declarada inconstitucional, incidentalmente, pelo STF (HC 97.256/RS), a pena definitiva do paciente foi fixada – e mantida – em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, o que justifica, como asseverado pela decisão agravada, o indeferimento do benefício de substituição de pena, mormente por se tratar, no caso, de Agravo Regimental exclusivo do Ministério Público.

Desse modo, dou provimento ao Agravo Regimental, para, reformando a decisão agravada, **não conhecer** do presente **Habeas corpus**, porquanto substitutivo de Recurso Especial. Porém, concedo, de ofício, a ordem, apenas para determinar que o Juízo das Execuções Penais reavalie, em face dos elementos concretos dos autos, a aplicação do regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, afastada a disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional, pelo STF.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0041298-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 130631 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200704808778 200803265667 340674

EM MESA

JULGADO: 03/10/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO BOSCO ARAÚJO FONTES JÚNIOR**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALESSANDRO LISBOA PEREIRA E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : RODRIGO DE SOUZA MOHAMID (PRESO)

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RODRIGO DE SOUZA MOHAMID (PRESO)
ADVOGADO : ALESSANDRO LISBOA PEREIRA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental para, reformando a decisão agravada, não conhecer do presente habeas corpus, porém, conceder a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.