



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.745 - RS (2014/0086611-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCIANO DOS SANTOS MACHADO
PACIENTE : MILTON CORREA DE ALMEIDA JUNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2003. PROPORCIONALIDADE. § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* é permitida naquelas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que o julgador, para fixar a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 6 anos, levou em consideração a natureza altamente lesiva da droga apreendida (cocaína), em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é exigido do acusado que seja primário, tenha bons antecedentes, não integre organização criminosa e não se dedique a atividades delituosas.

4. Não obstante os pacientes sejam primários e possuidores de bons antecedentes, as instâncias ordinárias afastaram a aplicação da causa especial de diminuição, com fundamento nas circunstâncias do caso concreto, as quais evidenciam "o profundo envolvimento deles na prática do ilícito em tela, sendo constatado, inclusive, o envolvimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o ilícito em outros municípios da região".

5. Embora os pacientes sejam primários e tenham sido definitivamente condenados a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto (em especial, a alta nocividade da substância entorpecente apreendida – cocaína), evidenciam a necessidade de imposição do regime inicial de cumprimento de pena mais rigoroso, à luz do § 3º do art. 33 do Código Penal.

6. É inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois a reprimenda fixada, superior a 4 anos, está fora do limite objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de novembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.745 - RS (2014/0086611-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : MARCIANO DOS SANTOS MACHADO

PACIENTE : MILTON CORREA DE ALMEIDA JUNIOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MARCIANO DOS SANTOS MACHADO e MILTON CORREA DE ALMEIDA JUNIOR, pacientes neste *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, estariam sofrendo coação ilegal em seus direitos de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, na Apelação n. 70055932602.

Os pacientes foram condenados, em primeiro grau, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 600 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas. O Tribunal estadual manteve a sentença penal em grau de apelação.

Nesta Corte, a Defensoria Pública aponta **ilegalidade na primeira fase da individualização da reprimenda**, "pois não pode o magistrado aumentar a pena-base em 01 (um) ano, apenas considerando desfavoráveis as circunstâncias do delito, tendo em vista a qualidade da droga" (fl. 3). Assevera que **deve ser aplicada a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**, pois os pacientes são primários e não há provas de que se dedicam a atividades criminosas ou integram organização criminosa.

Por fim, defende a aplicação do regime prisional diverso do fechado, presentes os requisitos do art. 33, § 2º, "b" e "c", do CP, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme preceitua o art. 44 do CP.

Dessa forma, requer: a) a fixação da pena-base no mínimo legal; b) a aplicação da causa especial de diminuição da pena na fração máxima; c) a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação de regime prisional diverso do fechado e d) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi por mim indeferida (fls. 1.298-1.300).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (fls. 1.305-1.307).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.745 - RS (2014/0086611-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2003. PROPORCIONALIDADE. § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* é permitida naquelas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que o julgador, para fixar a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 6 anos, levou em consideração a natureza altamente lesiva da droga apreendida (cocaína), em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é exigido do acusado que seja primário, tenha bons antecedentes, não integre organização criminosa e não se dedique a atividades delituosas.

4. Não obstante os pacientes sejam primários e possuidores de bons antecedentes, as instâncias ordinárias afastaram a aplicação da causa especial de diminuição, com fundamento nas circunstâncias do caso concreto, as quais evidenciam "o profundo envolvimento deles na prática do ilícito em tela, sendo constatado, inclusive, o envolvimento com o ilícito em outros municípios da região".

5. Embora os pacientes sejam primários e tenham sido definitivamente condenados a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto (em especial, a alta nocividade da substância entorpecente apreendida – cocaína), evidenciam a necessidade de imposição do regime inicial de cumprimento de pena mais rigoroso, à luz do § 3º do art. 33 do Código Penal.

6. É inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois a reprimenda fixada, superior a 4 anos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

está fora do limite objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem não conhecida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **não constato**, na espécie em exame, **a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal** passível de engendrar a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

I.

Os pacientes foram condenados à pena de **6 anos de reclusão**, em regime inicial fechado, mais pagamento de 600 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas, pois, no dia 21/6/2012, em comunhão de esforços, transportavam e guardavam, para consumo de terceiros, **13g de cocaína**.

A pena foi assim aplicada pelo juiz de primeiro grau, *in verbis*:

[...]

IV - DA APLICAÇÃO DA PENA QUANTO AO RÉU MARCIANO

a) Da pena privativa de liberdade

Da quantidade de pena aplicada

Com relação ao art. 42 da Lei 11.343/06, entendo que **a natureza da droga apreendida, cocaína, está entre as mais ofensivas, devendo, portanto, esta circunstância ser considerada em desfavor do acusado**. A quantidade da droga não se mostra excessiva, sendo irrelevante para o efeito de elevar a pena. A personalidade e a conduta social do réu Marciano não foram objeto de prova.

No tocante às circunstâncias do art. 59, do CP, a culpabilidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

réu, entendida como grau de reprovação de suas condutas, não desbordou da necessária para a prática dos fatos e para caracterização destes como crimes. O réu não registra antecedentes, conforme certidão de antecedentes judiciais (fls. 157). As circunstâncias do fato não são dignas de nota. As consequências não foram graves. Os motivos são os inerentes às espécies delitivas, ou seja, a obtenção de lucro com a atividade.

Diante tais vetores (uma circunstância de caráter objetivo e preponderante), fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão.

[...]

Prosseguindo, não há agravantes ou atenuantes a serem ponderadas.

Deixo de reconhecer a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 ao réu, motivo pelo qual TORNO AS PENAS-BASES EM DEFINITIVAS.

É que a referida causa de diminuição de pena tem como objetivo alcançar aquele traficante cuja participação é de diminuta importância na seara criminoso do tráfico, como é o caso dos "mulas", dos "soltadores de foguete e pipa", etc, não sendo este o caso dos réus, os quais **buscavam a droga em outro município, armazenavam e vendiam diretamente aos consumidores. Além disso, observou-se do feito que o réu era traficante contumaz.**

[...]

Do regime de cumprimento

Fixo o regime inicialmente fechado, **tendo em vista a natureza hedionda do delito.**

[...]

V - DA APLICAÇÃO DA PENA QUANTO AO RÉU MILTON

a) Da pena privativa de liberdade

Da quantidade de pena aplicada

Com relação ao art. 42 da Lei 11.343/06, entendo que **a natureza da droga apreendida, cocaína, está entre as mais ofensivas** devendo, portanto, esta circunstância ser considerada em desfavor do acusado. A quantidade da droga não se mostra excessiva sendo irrelevante para o efeito de elevar a pena. A personalidade e a conduta social do réu Milton não foram objeto de prova.

No tocante às circunstâncias do art. 59, do CP, a culpabilidade do réu, entendida como grau de reprovação de suas condutas não desbordou da necessária para a prática dos fatos e para caracterização destes como crimes. O réu não registra antecedentes, conforme certidão de antecedentes judiciais (fls. 159/160). As circunstâncias do fato não são dignas de nota. As consequências não foram graves. Os motivos são os inerentes às espécies delitivas, ou seja, a obtenção de lucro com a atividade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante tais vetores, para os crimes de tráfico (uma circunstância de caráter objetivo e preponderante), fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão.

Prosseguindo, não há agravantes ou atenuantes a serem ponderadas.

Pelos mesmos motivos supra expostos, deixo de reconhecer a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 ao réu, motivo pelo qual TORNO A PENA-RASF EM DEFINITIVA.

Do regime de cumprimento

Fixo o regime inicialmente fechado, tendo em vista a natureza hedionda do delito. (fls. 314-317, destaquei)

O Tribunal de Justiça, em recurso de apelação interposto pela defesa, assim decidiu a controvérsia:

[...]

A pena-base foi exasperada em 01 ano, levando-se em conta, em especial, as circunstâncias do art. 42 da Lei 11.343/06. No caso concreto, essa exasperação não se mostrou desarrazoada. Lembro, primeiramente, que se trata de pena que tem cominação em abstrato entre 5 e 15 anos de reclusão e entre 500 e 1.500 dias-multa. Há, nesse caso, um largo espaço para a avaliação prudencial por parte do juízo, que, pela análise das circunstâncias do art. 59 do CP e art. 42 da Lei 11.343/06, procede à individualização da pena com base no caso concreto. Na espécie, efetivamente, a exasperação foi elevada, mas não desproporcional ao caso, em que **foi apreendida substância com alto potencial lesivo** e em quantidade razoável (embora não exacerbada). Desse modo, como tenho manifestado em meus votos, entendo só comportar modificação à pena aplicada quando o aumento ou redução não se mostrar proporcional, arrazoadado ou contrariar disposição legal ou preceito constitucional. Não é o caso dos autos.

Quanto à privilegiadora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, entendo que esta é uma das questões que têm ensejado mais dificuldade na aplicação da Lei de Drogas. Em linhas gerais, a doutrina tem se inclinado no sentido de apontar que, presentes os requisitos previstos no tipo derivado, é direito do réu a sua aplicação. Parece ser esta a posição mais indicada, diante da forma que foi positivada a privilegiadora. Há quem afirme, mais, que, considerando as peculiaridades do caso concreto, nem seria exigível a ocorrência de todas as elementares.

No caso concreto, entretanto, assim como expôs o magistrado *a quo*, observo que os elementos são suficientes para demonstrar a dedicação impeditiva à concessão da benesse. Veja-se que os **acusados foram alvos de uma extensa investigação da Polícia Civil, inclusive com escutas telefônicas, onde restou comprovado o profundo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envolvimento deles na prática do ilícito em tela, sendo constatado, inclusive, o envolvimento com o ilícito em outros municípios da região. Diante disso, fica patente a dedicação ao tráfico e, por tal motivo, deixo de aplicar a causa de redução do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. Registre-se, aliás, que os réus não apresentaram comprovação de ocupação lícita, circunstância que, se não serve para incriminá-los, nas circunstâncias relatadas, corrobora a demonstração de que tiravam proveito econômico da mercancia ilícita. Desse modo, entendo vedada a aplicação da privilegiadora. [...]

Diante disso, passei a adotar o entendimento proferido a partir do HC 111.840/ES, analisando o regime com base no art. 33 do CP.

No caso em espécie, verifico que, apesar de responderem a outros processos criminais, os réus são primários, porquanto não ostentam nenhuma sentença condenatória transitada em julgado (fls. 157/160). Não há nota significativa a respeito das circunstâncias do art. 59 do CP e, em verificação ao disposto no art. 42 da Lei 11.343/06, pesa em prejuízo dos acusados a natureza da droga apreendida. De qualquer modo, como regra, e amparado na esteira do art. 33, §3º, do CP, entendo **não dever ser fixado os regimes mais brandos aos traficantes de cocaína, mostrando-se essa uma das drogas mais nocivas existentes na nossa sociedade, sendo ela dotada tanto de alto potencial deletério quanto de causar dependência química.** A cocaína é uma das drogas que mais impulsiona a criminalidade, inclusive aquela em que é empregada violência ou grave ameaça. São notórios os efeitos do uso dessa droga na nossa sociedade, sendo desnecessária a alusão a argumentos por demais conhecidos. Não bastassem esses argumentos para agravar o regime, verifico que, consoante prova que consta nos autos, **os réus tinham profundo envolvimento e comprometimento com o tráfico de drogas na localidade, o que denota, efetivamente, a necessidade de forte reprimenda estatal.** Diante disto, mantenho o regime fechado para ambos. (fls. 447-451)

II. Quanto ao pedido de redimensionamento da pena-base

Preliminarmente, é imperioso ressaltar que a revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* é permitida naquelas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

Com efeito, a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos artigos 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não se deve furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima.

Sob essas premissas, não constato a flagrante ilegalidade apontada ou a desproporcionalidade na dosimetria, pois **a natureza da droga apreendida (cocaína), de alto teor lesivo, autoriza a exasperação da pena-base dos pacientes para 6 anos de reclusão, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06**, que determina que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente.

Nesse sentido:

[...]

2. 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.

3. **A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão dos entorpecentes comercializados, "dentre elas o crack, uma droga que causa maior danosidade social, e por conta disso, justifica um apenamento maior".**

4. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 295.083/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, 5ª T., DJe de 2/9/2014)

[...]

1 - Apresentada fundamentação em elementos concretos do caso para a exasperação da pena-base, quais sejam, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, em observância ao disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, inexistente a indicada violação do art. 59 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal.

2 - Tendo o Tribunal de origem consignado que o réu pertence à organização criminosa, com base nos elementos constantes dos autos, a revisão desse entendimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, implica reexame fático-probatório dos autos, procedimento vedado em decorrência do enunciado sumular n. 7 do STJ. Precedentes.

3- Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 454.974/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe de 20/6/2014)

[..]

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

3. É **legítima a exasperação da reprimenda em razão da natureza das drogas apreendidas - maconha e cocaína -, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.**

[...]

(HC 252.868/SP, Rel. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, 6ª T., DJe de 2/5/2014)

Consoante entendimento desta Corte, "A dosimetria não é um simples cálculo aritmético, razão pela qual, apenas em casos de **flagrante desproporcionalidade** na consideração dessa, é que se há de adentrar na análise do primevo julgador" (HC 171.260/SC, Rel. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, 5ªT., DJe de 19/10/2012), ilegalidade que não constato na espécie, à vista dos limites abstratos do tipo penal, que variam de 5 a 15 anos de reclusão.

III. Aplicação da minorante insculpida no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas

Segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

íntegra organização criminosa.

A razão de ser da causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, **aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida**; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "a *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (*HC* n. 202.617/AC, Relator Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU** (Desembargador convocado do TJ/RJ), 5ªT., DJe de 20/6/2011).

Por isso mesmo, para a aplicação da minorante em comento, são exigidos do acusado que seja primário, tenha bons antecedentes, não íntegra organização criminosa e não se dedique a atividades delituosas.

No caso vertente, não obstante os pacientes sejam tecnicamente primários, as circunstâncias do caso concreto levaram as instâncias ordinárias a concluir que **se dedicavam a atividades delituosas, notadamente ao narcotráfico**, pois "foram alvos de uma extensa investigação da Polícia Civil, inclusive com escutas telefônicas, onde restou comprovado o profundo envolvimento deles na prática do ilícito em tela, sendo constatado, inclusive, o envolvimento com o ilícito em outros municípios da região" (fl. 448).

Dessa forma, não constato nenhum constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada a aplicação da minorante legal, tendo em vista a indicação de elementos concretos que evidenciam a **dedicação dos pacientes ao tráfico de drogas**.

IV. Quanto ao regime prisional

No julgamento do *HC* n. 82.959/SP (DJ 1º/9/2006), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava que os condenados pela prática de crimes hediondos ou outros a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Na ocasião, ficou assentado que esse dispositivo legal violava o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por essas razões, a Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, ante o *quantum* de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), seria possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

Vale dizer, mesmo para os crimes hediondos ou outros a eles equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

E, se dúvida existia acerca da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados por tráfico de drogas, essa incerteza foi superada. Mais recentemente, no julgamento do *HC* n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que **ocorreu na espécie**, à vista da gravidade concreta da conduta, evidenciada pelo **alto potencial lesivo da substância apreendida (cocaína)** e pelo **profundo envolvimento e comprometimento dos pacientes com o tráfico de drogas na localidade**.

Dessa forma, embora os pacientes sejam primários e tenham sido definitivamente condenados a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, tenho que as peculiaridades do caso concreto (em especial, a alta nocividade da substância entorpecente apreendida – cocaína) evidenciam a necessidade de imposição do regime inicial de cumprimento de pena mais rigoroso, à luz do § 3º do art. 33 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, confira-se: "Admite esta Corte Superior que a quantidade, natureza e variedade das substâncias entorpecentes justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena não superior a 8 (oito) anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006." (AgRg no REsp 1.420.545/PR, Rel. Ministro **NEFI CORDEIRO**, 6ª T., DJe de 13/10/2014)

V. Substituição da pena corporal.

Finalmente, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifico que o Tribunal estadual **sequer analisou a matéria**, não decorrendo daí nenhuma ilegalidade, pois a pena privativa de liberdade aplicada foi superior a 4 anos de reclusão, fora, portanto, do limite legal objetivo para a obtenção da benesse.

Por expressa previsão legal do art. 44, I, do CP, as penas restritivas de direitos só substituem a privativa de liberdade quando não superior a 4 anos e atendidos os demais requisitos legais.

VI.

À vista do exposto, **não conheço** da impetração, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0086611-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 292.745 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00039475820128210074 00042380820128210123 00049223020128210123
07421200007528 12321200011550 12321200014380 39475820128210074
42380820128210123 49223020128210123 70050463033 700504630332012
700524053702012 70055932602 7421200007528 772012151214

EM MESA

JULGADO: 11/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **FATIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCIANO DOS SANTOS MACHADO
PACIENTE : MILTON CORREA DE ALMEIDA JUNIOR

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.