



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.761 - SP (2012/0078366-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DA CRUZ MOREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITOS DE INCIDÊNCIA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006, EM SEU GRAU MÁXIMO, E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. PENA ABAIXO DE 04 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 02 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 291 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, após ser preso em flagrante no dia 10 de agosto de 2010, portanto 61 invólucros contendo cocaína e 11 porções de maconha, para difusão ilícita.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza e a quantidade do entorpecente, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas. Na espécie, justificada a não aplicação do redutor em seu grau máximo, à luz do mencionado regramento.

3. Sendo valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais do caso concreto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não se mostra recomendável, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou 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 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

6. Não existe razão para negar ao Paciente, primário e de bons antecedentes, o regime inicial semiaberto, devendo as circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela quantidade de pena aplicada.

7. Ordem de *habeas corpus* denegada. *Habeas corpus* concedido de ofício para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 unanimidade, denegar a ordem e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.761 - SP (2012/0078366-6)

IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DA CRUZ MOREIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDERSON DA CRUZ MOREIRA, condenado como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 02 anos e 11 meses de reclusão, em regime fechado, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Busca a zelosa Defensoria Pública, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial aberto e da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em seu patamar máximo, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos da orientação do Supremo Tribunal Federal.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 37.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 46/65, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 69/72).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.761 - SP (2012/0078366-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITOS DE INCIDÊNCIA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006, EM SEU GRAU MÁXIMO, E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. PENA ABAIXO DE 04 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 02 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 291 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, após ser preso em flagrante no dia 10 de agosto de 2010, portanto 61 invólucros contendo cocaína e 11 porções de maconha, para difusão ilícita.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza e a quantidade do entorpecente, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas. Na espécie, justificada a não aplicação do redutor em seu grau máximo, à luz do mencionado regramento.

3. Sendo valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais do caso concreto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não se mostra recomendável, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou 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 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

6. Não existe razão para negar ao Paciente, primário e de bons antecedentes, o regime inicial semiaberto, devendo as circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela quantidade de pena aplicada.

7. Ordem de *habeas corpus* denegada. *Habeas corpus* concedido de ofício para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

No caso, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, após ser preso em flagrante no dia 10 de agosto de 2010, portanto 61 invólucros contendo cocaína e 11 porções de maconha, para difusão ilícita.

A pena-base foi fixada 10 meses acima do mínimo legal, em razão da quantidade de substâncias apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), e diminuída de metade pelo § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, totalizando a pena de 02 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 291 dias-multa

Quanto à fixação do regime inicial fechado e à negativa de conversão da pena de prisão em sanções alternativas, a sentença condenatória foi mantida pelo acórdão impugnado, que aduziu, in verbis:

"Em arremate, a imposição do regime inicial fechado era forçosa diante do disposto no §1º, do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, descabida, outrossim, a substituição da carcerária por restritiva de direitos, porquanto, diante das circunstâncias do caso concreto, adrede mencionadas, não se mostra medida suficiente e adequada, máxime diante do disposto no artigo 44 da Lei de Drogas." (fl. 30)

A impetração insurge-se, primeiramente, contra a não aplicação do redutor de pena do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços).

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a sentença condenatória ressaltou que *"a fração eleita não atingiu o máximo em razão da articulação do réu em dispor de variada quantidade de entorpecentes para servir prontamente quem lhe procura, o que facilita a dependência química dos usuários e mantém o nefasto comércio"* (fls. 23/24).

A Corte *a quo*, por sua vez, entendeu que justificada a não aplicação do redutor em seu grau máximo *"diante da diversidade de substâncias que ele trazia consigo, prontas para serem entregues ao consumo de terceiros, circunstâncias que podem sim servir de parâmetro para a fixação das básicas e majoração ou diminuição das reprimendas "* (fl. 30).

Pois bem.

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 ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Drogas de modo adequado.

Confira-se:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 1/3. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. CONCURSO MATERIAL. REGIME INICIALMENTE FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. O legislador ordinário definiu, para a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a possibilidade de redução da reprimenda no intervalo de 1/6 a 2/3, desde que "o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa".

2. Cabe ao julgador, dentro de seu livre convencimento motivado, atendendo-se ao disposto no art. 93, IX, da CF/88, sopesar o percentual a ser reduzido, podendo utilizar-se, para tanto, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, tendo como preponderantes a natureza da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06.

3. O juiz pode livremente escolher a quantidade da redução a ser aplicada (de 1/6 a 2/3), não estando obrigado a vincular esse percentual à quantidade da pena-base fixada na sentença, desde que apresente adequada motivação.

4. Não há falar em inversa proporcionalidade entre a fixação da reprimenda básica e o percentual utilizado para a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

5. Havendo concurso material entre os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo, as penas deverão ser somadas, aplicando-se o regime necessário para a reprovação e prevenção dos delitos.

6. Ordem denegada." (HC 123.742/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 29/06/2009.)

A propósito, vejam-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

"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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). UTILIZAÇÃO DAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM DUAS DAS TRÊS FASES DA DOSIMETRIA. INOCORRÊNCIA. REPRIMENDA ADEQUADA PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE SE AVALIAR, NA VIA DO HABEAS CORPUS, QUAL SERIA A PENA ADEQUADA AO FATO PELO QUAL FORAM CONDENADOS OS PACIENTES. ORDEM DENEGADA.

I - Tenho que o magistrado não se utilizou das mesmas circunstâncias judiciais (quantidade e qualidade da droga) para fixar as penas-bases dos pacientes e, em ato posterior, diminuí-las no patamar mínimo (1/6), decorrente da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena liberdade de aplicar a redução no patamar conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo.

III - O habeas corpus não pode ser utilizado como forma de se verificar qual a pena adequada para os delitos pelos quais o paciente foi condenado, uma vez que representaria um novo juízo de reprovabilidade.

IV - Ordem denegada." (STF, HC 102.487/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 17/06/2010; sem grifos no original.)

Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, 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.

De outra parte, quanto 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Entretanto, segundo as disposições do art. 44, do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 9.714/98, **somente** poderá ser deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se o condenado não for reincidente e a culpabilidade, conduta social, a personalidade, os motivos e circunstâncias do crime indicarem ser necessária e suficiente a medida.

As instâncias ordinárias, ao individualizar a reprimenda penal, reconheceram a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, o que, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA. CONDENAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERSONALIDADE. PROCESSO EM CURSO. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO NEGADA. POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

4. Embora a reprimenda aplicada seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, que levaram à fixação da pena-base acima do mínimo legal, fica justificada a imposição de regime prisional mais severo, a teor do art. 33, § 3º, do Código Penal, e a negativa da substituição da pena, nos exatos termos do art. 44, III, do mesmo diploma legal.

[...]" (HC 83.569/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 12/04/2010.)

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA. INCIDENTE DA EXECUÇÃO NÃO ENFRENTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO E INOCÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO PROBATÓRIO VÁLIDO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]5. A culpabilidade acentuada e a personalidade voltada à prática delituosa constituem fundamentação idônea para justificar a exasperação da pena-base, a fixação de regime prisional mais gravoso do que o previsto pela pena cominada in concreto e o indeferimento da substituição da pena. Aplicação dos arts. 33, § 3º, 44, inciso III, e 59, todos do Código Penal.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada."
(HC 95.314/SP, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 02/06/2008 - grifei.)

Por fim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111840/ES, por maioria, declarou 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 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Confira-se a ementa do julgado:

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

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

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

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

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado."

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei nº 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal, porquanto cabe ao Magistrado individualizar a irrestritamente 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 - 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. (negrito nosso)"

Sendo assim, consoante orientação da Corte Suprema, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

Portanto, sendo o condenado primário e de bons antecedentes, ainda que a especial gravidade do crime - em face da grande quantidade de droga - tenha elevado sua pena-base, a decisão que lhe impôs o regime inicial fechado de cumprimento de pena há de ser reformada para adequar-se a individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Não existe razão para negar ao Paciente o regime inicial semiaberto, devendo as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela quantidade de pena aplicada.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes verbetes sumulares do Pretório Excelso:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Referido entendimento restou consolidado no enunciado n.º 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM de *habeas corpus*. Outrossim, CONCEDO *habeas corpus* de ofício para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0078366-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 239.761 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13942010 50100629938 629938020108260050

EM MESA

JULGADO: 28/08/2012

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 : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANDERSON DA CRUZ MOREIRA

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

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 unanimidade, denegou a ordem e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.