



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.599 - MG (2010/0138482-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MÁRCIO BATISTA COSTA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. PACIENTE DEDICADO À ATIVIDADE CRIMINOSA E À PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO. NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS RELEVANTES NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No caso, a pena-base não deve ser fixada no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais referentes à personalidade do Paciente – *"inclinada à delinquência, como habitual naqueles que se envolvem com o tráfico de drogas, restando comprovado o constante envolvimento do réu com o mundo do tráfico através dos depoimentos testemunhais"* (fl. 20) – e à espécie da droga apreendida (5 invólucros de cocaína, pesando 2,18g).

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

3. Tendo em vista a primariedade e bons antecedentes do Paciente, ainda que existam circunstâncias judiciais desfavoráveis (qualidade da droga e habitual comercialização de entorpecentes), no caso, deve ser fixado o regime semiaberto, em estrita obediência ao disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

5. 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 o Paciente, conforme observado na sentença condenatória, não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal. Precedente.

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo-se a pena privativa de liberdade do Paciente para 03 anos e 06 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.599 - MG (2010/0138482-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MÁRCIO BATISTA COSTA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido, impetrado em favor de MÁRCIO BATISTA COSTA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por meio do qual se negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Paciente.

Os autos dão conta que o Paciente foi condenado às penas de 04 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 12, *caput*, c.c. o art. 18, inciso III, ambos da Lei 6.368/76.

Alega o Impetrante, em síntese, falta de fundamentação na fixação da pena-base acima do mínimo legal. Sustenta que as circunstâncias judiciais "*se postaram dentro dos padrões usualmente verificados na prática de crime de tráfico*" (06). Afirma que "*os fatores que a eminente Julgadora sopesou como desfavoráveis ao paciente já foram avaliados pelo legislador para estabelecer a pena cominada ao ilícito*" (fl. 09).

Requer, assim, a fixação da pena-base no mínimo legal; o estabelecimento do regime aberto para o início de cumprimento da pena; bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por estarem os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 107/112, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.599 - MG (2010/0138482-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. PACIENTE DEDICADO À ATIVIDADE CRIMINOSA E À PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO. NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS RELEVANTES NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No caso, a pena-base não deve ser fixada no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais referentes à personalidade do Paciente – *"inclinada à delinquência, como habitual naqueles que se envolvem com o tráfico de drogas, restando comprovado o constante envolvimento do réu com o mundo do tráfico através dos depoimentos testemunhais"* (fl. 20) – e à espécie da droga apreendida (5 invólucros de cocaína, pesando 2,18g).

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

3. Tendo em vista a primariedade e bons antecedentes do Paciente, ainda que existam circunstâncias judiciais desfavoráveis (qualidade da droga e habitual comercialização de entorpecentes), no caso, deve ser fixado o regime semiaberto, em estrita obediência ao disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

5. 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 o Paciente, conforme observado na sentença condenatória, não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal. Precedente.

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo-se a pena privativa de liberdade do Paciente para 03 anos e 06 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Busca o Impetrante a fixação da pena-base no mínimo legal; o estabelecimento do regime aberto para o início de cumprimento da pena; bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal de origem, justificou a exasperação da pena-base do ora Paciente nos seguintes termos, *ad litteram*:

"[...]

Culpabilidade, majorada já que o réu possuía plena consciência do ato que praticara, elevando assim, o grau de censurabilidade de sua conduta, principalmente diante do perigo social que a mesma representa.

Primário, não possui antecedentes. Personalidade inclinada à delinquência, como habitual naqueles que se envolvem com tráfico de drogas, restando comprovado o constante envolvimento do réu com o mundo do tráfico através dos depoimentos testemunhais.

Motivos são injustificáveis, devendo ser ressaltado o desrespeito para com a comunidade e a ganância pelo dinheiro através da mercancia ilícita. Circunstâncias, também não lhe são favoráveis, já que o réu encontrava-se em local consolidado com ponto de tráfico.

Apesar de haver nos autos comprovante de que o réu possua atividade laboral lícita, e também de estar pouco demonstrada nos autos, tenho que sua conduta social não é boa, devido à constante presença em locais desaconselháveis, segundo os policiais responsáveis pela abordagem.

Consequências graves ao próprio agente, com risco de dano à coletividade, devendo ser ressaltado o malefício da conduta praticada e a espécie da droga apreendida.

Com essas considerações, tenho como suficiente à reprovação e prevenção do crime a pena de quatro anos e seis meses de reclusão e setenta e cinco dias/multa, que reduzo, na proporção de seis meses, em razão do art. 65, I, do CPB, fixando-a em quatro anos de reclusão e sessenta e seis dias/multa, no valor unitário de 1/30 avos do salário mínimo vigente ao tempo do fato e, corrigido quando da execução, nesse patamar se definindo, por não existir causas outras para oscilação" (fls. 20/21).

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Na hipótese dos autos, contudo, a ordem comporta parcial concessão.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No caso, verifica-se, da simples leitura da sentença condenatória, que a fixação da pena-base do ora Paciente acima do mínimo legal, no que concerne à **culpabilidade**, aos **motivos**, às **circunstâncias** do delito e à **conduta social**, foi feita com considerações vagas, genéricas, sem fundamentação objetiva, portanto inadequadas para justificar a exasperação. Com efeito, o magistrado não fez nenhuma menção a fato concreto que embasasse as conclusões acerca das referidas circunstâncias judiciais.

Ademais, com relação às **consequências** do crime, não se verifica fundamentação idônea no *decisum* condenatório, já que elementos inerentes à própria configuração do delito não podem ser considerados para a exasperação da pena-base.

A propósito, vejam-se os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO NÃO JUSTIFICADA. REINCIDÊNCIA. VALORAÇÃO. BIS IN IDEM. MAUS ANTECEDENTES. DELITO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.

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). Dessa maneira, considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanejar a elevação da reprimenda (Precedentes do STF e STJ).

II - In casu, verifica-se que a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa e vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.

Não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a fixação da pena-base muito acima do mínimo legal previsto em abstrato.

III - A valoração da mesma condenação transitada em julgado tanto como circunstância judicial quanto como agravante genérica da reincidência caracteriza bis in idem.

IV - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, condenação por fato posterior ao descrito na peça acusatória não pode ser utilizada para exacerbar a pena-base acima do mínimo legal em razão de maus antecedentes.

Ordem concedida para anular a r. sentença condenatória unicamente quanto à dosimetria da pena, a fim de que outra seja proferida com nova e motivada fixação da reprimenda." (HC 123.061/PE, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 22/02/2010.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DOLO ANALISADO NA CULPABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DESVINCULADOS DE DADOS CONCRETOS. CAUSA DE AUMENTO DO CONCURSO DE AGENTES APRECIADA COMO CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME. CONSEQÜÊNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE RECUPERAÇÃO DA RES FURTADA. EVENTO INERENTE AO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. NÃO-OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. Malgrado haja certa discricionariedade na fixação da pena-base, a sua exasperação acima do mínimo deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, X, CF).

3. No caso, a afirmação de que o réu possui maus antecedentes e personalidade voltada para a prática de atos delituosos não se mostra suficiente para justificar a majoração da reprimenda, tendo em vista não estar amparada em dados concretos.

4. A análise da culpabilidade, da mesma forma, não se mostra idônea, porque a consideração de que o acusado teve vontade direta e livre no momento da prática do crime não serve para elevar a pena-base como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, por se referir ao dolo do agente, elemento constitutivo do tipo.

5. Ademais, a assertiva de que "as circunstâncias não são favoráveis ao acusado, em vista do concurso de pessoas" não pode amparar a elevação da pena-base, uma vez que o paciente foi condenado por roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, de modo que tal fundamento não se mostra idôneo tendo em vista o modelo trifásico adotado pelo Código Penal.

6. Observa-se, ainda, violação à regra legal contida no art. 59 do Código Penal, porque a não-restituição da res furtiva não pode justificar o aumento da pena-base a título de conseqüência do crime por se tratar de aspecto inerente ao próprio tipo penal de roubo.

7. Ordem parcialmente concedida para declarar a nulidade parcial da sentença no tocante à reprimenda imposta ao paciente e determinar ao Tribunal de origem que proceda ao seu redimensionamento, considerando a pena-base no mínimo legal." (HC 81.656/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 23/06/2008.)

"HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTELIONATO. CONSIDERAÇÃO INDEVIDA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS COMO DESFAVORÁVEIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE.

1. *Observa-se, na espécie, a total inidoneidade da motivação apresentada pelo julgador, ao exercer o juízo de convicção, uma vez que não houve, na primeira fase, a indicação de razões válidas para a consideração de determinadas circunstâncias como desfavoráveis ao réu.*

2. *Inquéritos policiais ou ações penais em andamento (inclusive, sentenças não transitadas em julgado) não podem ser levados em consideração para fixação da pena-base, em respeito ao princípio constitucional do estado presumido de inocência. Precedentes.*

3. *Ordem concedida para, mantida a condenação imposta, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, que fica quantificada em 01 ano de reclusão, a ser cumprida em regime aberto – mediante as condições a serem estabelecidas pelo juízo das execuções penais –, e 10 dias-multa." (HC 49.481/DF, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 06/08/2007.)*

Por outro lado, a pena-base não deve ser fixada no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais referentes à personalidade do Paciente – *"inclinada à delinquência, como habitual naqueles que se envolvem com o tráfico de drogas, restando comprovado o constante envolvimento do réu com o mundo do tráfico através dos depoimentos testemunhais"* (fl. 20) – e à espécie da droga apreendida (5 invólucros de cocaína, pesando 2,18g).

Desse modo, fixo a pena-base em **4 (quatro) anos** de reclusão.

Tendo em vista a redução da pena, em razão do art. 65, I, do Código Penal, na proporção de 06 (seis) meses, conforme aplicado pelo Tribunal *a quo*, fica a pena privativa de liberdade do Paciente estabelecida, em definitivo, em **3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão**.

De outra parte, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório.

Desse modo, se o crime de tráfico ilícito de drogas foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/07 – que estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do *quantum* de pena aplicado –, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso dos autos, restando a pena fixada em **03 anos e 06 meses de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, e sendo o condenado primário e de bons antecedentes, ainda que existam circunstâncias judiciais desfavoráveis (qualidade da droga e habitual comercialização de entorpecentes), 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 circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela quantidade de pena aplicada.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. EXECUÇÃO. REGIME. IMPOSIÇÃO DO MODO SEMIABERTO. PENA FIRMADA EM 4 ANOS DE RECLUSÃO. DESFAVORABILIDADE DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Na determinação do regime inicial de cumprimento da pena, deve-se ter em consideração o disposto no § 3º do artigo 33 do Código Penal, segundo o qual a fixação do sistema carcerário observará os critérios listados no art. 59 do mesmo diploma.

2. O quantum de pena aplicada, portanto, por si só, não enseja o abrandamento do modo inicial de resgate da sanção quando as circunstâncias do caso concreto e a fundamentação indiquem a necessidade de uma maior repreensão.

3. Não há constrangimento ilegal na fixação do modo inicial semiaberto de cumprimento de pena, quando, não obstante o quantum de reprimenda definitivamente irrogado ter sido 4 (quatro) anos de reclusão, há circunstâncias judiciais desfavoráveis, evidenciando que o modo intermediário de cumprimento de pena mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do CP.

4. Ordem denegada." (HC 191.329/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 19/08/2011.)

Por outro lado, impende dizer que, após excluído, pelo Supremo Tribunal Federal, o único obstáculo à progressão de regime, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não permanece nenhum empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

A propósito, confira-se o posicionamento do Pretório Excelso:

"Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Delito praticado sob a égide da Lei nº 6.368/76. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Aplicação do art. 44 do Código Penal. Requisitos presentes. Substituição admissível. Ordem concedida. 1. A regra do art. 44



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, observados os seus pressupostos de incidência. 2. Não se afigura possível a negativa de substituição calcada exclusivamente em critérios de proporcionalidade e de nocividade decorrentes da natureza da infração. 3. Ordem concedida." (STF, HC 103.068/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 22/02/2011.)

"SENTENÇA PENAL. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nos 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos." (STF, HC 84.928/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 11/11/2005.)

Igual entendimento é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO. REDUZIDA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n. 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. Considerando o quantum de pena definitivamente irrogado à paciente - 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão -, a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e a reduzida quantidade de substância entorpecente apreendida, flagrante a ilegalidade na manutenção do regime fechado, sendo devida a fixação do modo aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. PERMUTA ADMISSÍVEL. REQUISITOS SUBJETIVOS. PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. PERMUTA PROCEDIDA.

1. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, se o delito foi praticado ainda na vigência da Lei n. 6.368/76.

2. Fixada pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e considerando a reduzida quantidade de substância entorpecente apreendida em poder da paciente, ilegal a manutenção da negativa de substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos, quando a medida mostra-se suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada. Inteligência dos incisos I e III do art. 44 do CP.

3. Habeas corpus concedido para fixar à paciente o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como para substituir a sanção reclusiva por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, ambas pelo mesmo prazo da reclusiva imposta, a primeira em local e horário a serem estabelecidos pelo Juízo da Execução, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão oburgado." (HC 174.391/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 25/08/2011.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 12 DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO, NO CASO CONCRETO, PARA O PACIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS. CABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 440 DESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a nova Lei de Drogas pode ser aplicada aos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes cometidos sob a égide do antigo diploma legal, desde que na sua integralidade.

2. Uma vez que o Tribunal a quo deixou assente que, em face da quantidade e da natureza da droga apreendida, a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 só poderia ser fixada em patamar intermediário, inviável, no caso concreto, a aplicação da nova Lei de Drogas, porquanto mais gravosa ao Paciente.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, para os crimes hediondos, cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/07, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo se observar para a fixação do regime de cumprimento de pena o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, mostra-se adequada a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, uma vez que o Paciente é reconhecidamente primário, possui bons antecedentes e teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, tanto que sua pena-base restou fixada no patamar mínimo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." *Enunciado da Súmula n.º 440 desta Corte.*

6. *Ordem parcialmente concedida para assegurar ao Paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, devendo as condições dos dois benefícios serem implementadas pelo Juízo das Execuções Penais.*" (HC 169.596/MG, 5.ª Turma, Rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, DJe de 28/03/2011.)

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

A propósito:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR NOMEADO NÃO DEMONSTRADA. ARGUIÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

Hipótese em que o impetrante não logrou demonstrar de forma inequívoca ter sido intimado tão somente através do Diário de Justiça acerca da data de julgamento do apelo interposto em favor do paciente.

Há que se reconhecer a existência de preclusão, porquanto a defesa olvidou-se de arguir a ilegalidade quando da interposição dos embargos infringentes, tendo apenas pugnado pelo reconhecimento da nulidade no bojo do presente writ, ou seja, dois anos após a sessão em que o apelo foi julgado.

Réu impedido de obter a substituição da reprimenda corporal a ele imposta por não restar preenchido o requisito subjetivo necessário à obtenção da benesse, considerando a sua personalidade, o número de vítimas e a presença de fortes indícios de habitualidade criminosa.

Pena-base fixada ao réu acima do mínimo legal, em virtude de terem sido considerados desfavoráveis os antecedentes e as circunstâncias do crime praticado.

Estando correta a fundamentação utilizada para indeferir o pleito de substituição da pena corporal aplicada ao paciente, tendo em vista não terem sido preenchidos os requisitos subjetivos do art. 44 do CP para a obtenção da benesse, não há que se falar em constrangimento ilegal.

Ordem denegada, nos termos do voto do Relator." (HC 148.025/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 18/10/2010; sem grifo no original.)

Portanto, sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo-se a pena privativa de liberdade do Paciente para 03 anos e 06 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0138482-1

HC 180.599 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024060037421 19659 24060037421

EM MESA

JULGADO: 28/02/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MÁRCIO BATISTA COSTA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.