



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.117 - PR (2012/0051907-8)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : ALAN ALBERTO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : IVAN KRUMHEURER

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INTERESTADUALIDADE DO CRIME. 3. AUMENTO DA PENA NÃO EFETUADO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO INDEVIDA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. No caso, o regime mais rigoroso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos - diga-se, 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão -, considerando a natureza e a grande quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do paciente (6,350kg) de cocaína, as circunstâncias judiciais desfavoráveis que motivaram o aumento da pena-base em 7 (sete) meses acima do piso legal e a interestadualidade do crime.

3. Ademais, o paciente já foi beneficiado por erro na individualização da pena, pois embora o Tribunal impetrado tenha dado provimento ao recurso do Ministério Público para reconhecer a causa especial de aumento da pena prevista no art. 40, V (caracterizado o tráfico entre estados da federação) deixou de exasperar a pena na terceira fase da dosimetria, e aplicou indevidamente a causa especial de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06), vez que não fazia jus ao benefício.

4. Habeas corpus não conhecido.

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, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de abril de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.117 - PR (2012/0051907-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Ivan Krumheuer, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Paraná.

Narra a impetração que o paciente foi condenado, juntamente com outra pessoa, em primeira instância, à pena de 11 (onze) anos de reclusão e ao pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos art. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006.

As partes recorreram da sentença. O Ministério Público pugnou pelo reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, desconsideração da atenuante de confissão do réu Fábio Roberto Gomes e requereu a readequação da pena de multa. A defesa de Fábio Roberto Gomes pediu a absolvição do réu por falta de provas, quanto ao delito de associação para o tráfico, a fixação da pena no mínimo legal, a aplicação das atenuantes cabíveis e da causa de diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006 e o estabelecimento do regime aberto. A defesa de Ivan Krumheuer pediu, em preliminar, a nulidade da notificação do réu; e, no mérito, pugnou pela absolvição do réu do delito de associação para o tráfico.

O Tribunal impetrado deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público - para reconhecer a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico interestadual) - bem como aos recursos das defesas, para absolver os réus da condenação pelo crime de associação para o tráfico e reduzir as penas de ambos, fixando a do ora paciente em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 281 (duzentos e oitenta e um) dias-multa, mantido o regime inicial fechado. Eis a ementa do acórdão (fl. 81):

APELAÇÃO CRIME - TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ALEGAÇÃO INTEMPESTIVIDADE RECURSO MINISTÉRIO PÚBLICO - INOCORRÊNCIA - RAZÕES DE APELAÇÃO APRESENTADAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FORA DO PRAZO - MERA IRREGULARIDADE - NULIDADE REJEITADA - ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA NOTIFICAÇÃO DOS RÉUS - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO APÓS ACRÉSCIMO NA DENÚNCIA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA - SUPRIMENTO DA FALTA DE NOTIFICAÇÃO COM A PRESENÇA DOS RÉUS EM AUDIÊNCIA PARA INTERROGATÓRIO - NULIDADE NÃO LEVANTADA OPORTUNAMENTE - NULIDADE REJEITADA - AUTORIA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - POSSIBILIDADE - ÂNIMO ASSOCIATIVO E CONVERGÊNCIA DE VONTADES NÃO CONFIGURADAS - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE - AUTORIA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES QUANTO AO RÉU FÁBIO DEVIDAMENTE COMPROVADA E NÃO RECORRIDO - AUTORIA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES QUANTO AO RÉU IVAN - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - DIVERSOS NÚCLEOS NO TIPO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006 - TER EM DEPÓSITO E GUARDAR - DROGA APREENDIDA NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA - AVERIGUAÇÃO REALIZADA POR AGENTES DA POLÍCIA FEDERAL QUE CONSIDERARAM A ATITUDE DO APELANTE SUSPEITA QUANDO DA CHEGADA DO VEÍCULO DIRIGIDO PELO RÉU FÁBIO - PALAVRA DOS POLICIAIS FEDERAIS QUE POSSUEM RELEVANTE VALOR PROBATÓRIO - AUTORIA COMPROVADA - APELO MINISTERIAL PARA RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO V, DA LEI 11.343/2006 - INTERESTADUALIDADE - COMPROVADA - RÉU CONFESSO QUANTO AO TRANSPORTE DA DROGA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL AO ESTADO DO PARANÁ - APLICAÇÃO SOMENTE QUANTO AO RÉU FÁBIO - DEMAIS ALEGAÇÕES MINISTERIAIS PREJUDICADAS - READEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA DE AMBOS OS RÉUS - RECURSO DO MINISTÉRIO PARCIALMENTE PROVIDO - RECURSO DOS RÉUS FÁBIO ROBERTO GOMES E IVAN KRUMHEUER PARCIALMENTE PROVIDOS.

O impetrante alega, no presente **habeas corpus**, que o paciente pode iniciar o cumprimento da pena no regime mais brando, haja vista a quantidade de pena imposta e porque é primário, de bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita. Argumenta que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que vedava a conversão de penas aos condenados por tráfico de drogas.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 50/51.

As informações foram prestadas às fls. 61/63 e 65/94.

O Ministério Público manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 98/108).

Em 29 de maio de 2012, por decisão monocrática, com fundamento no art. 34, XVIII, do Regimento Interno do STJ, neguei seguimento ao presente **habeas corpus**, tendo em vista a inexistência do alegado constrangimento ilegal (fls. 110/115).

Contra essa decisão, a defesa impetrou o **habeas corpus** n.º 114.709/PR no Supremo Tribunal Federal, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, ao qual a Segunda Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido mas concedeu a ordem, de ofício, para anular a decisão atacada e determinar seja o julgamento pelo realizado colegiado competente (fls. 127/128).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.117 - PR (2012/0051907-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando no inciso LXVIII do art. 5º que "conceder-se-á **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". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Em razão disso, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam, para sua identificação e correção, o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário (AgRg no HC n.º 239.957/TO, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11/6/2011 e HC n.º 201.483/SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 27/10/2011)

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a proferir decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo à análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Busca-se, na presente impetração, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena.

Segundo consta dos autos, o paciente foi condenado pelos crimes de associação e tráfico de drogas, à pena total de 11 (onze) anos de reclusão, no regime inicial fechado. No julgamento do recurso de apelação, o Tribunal absolveu o paciente do crime tipificado no art. 35 (associação para o tráfico) e reduziu a pena relativa à condenação pelo crime previsto no art. 33 (tráfico de drogas) da Lei nº 11.343/2006 para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses.

Estes foram os termos da dosimetria da pena e os motivos para imposição do regime inicial fechado (fls. 91/93):

*Quanto ao réu Ivan Krumheuer, relativo ao crime de tráfico de entorpecentes, descritos no Fato 2, passo a considerar as circunstâncias judiciais, alterando-as **ex officio**, tendo em vista a carência de fundamentação do juízo **a quo**, para a majoração praticada.*

A pena base foi majorada negativamente na culpabilidade nos seguintes termos: "Examinando-se a censurabilidade e reprovabilidade do comportamento do agente, bem como a exigibilidade de conduta diversa, dentro da realidade concreta em que o fato ocorreu, verifica-se que pela intensidade do dolo, a culpabilidade resta fixada em médio grau em razão da substância entorpecente localizada com o réu ter impacto altamente debilitante a saúde e induz rapidamente ao vício, como já provado cientificamente, além da grande quantidade encontrada (mais de 6kg)".

Sobre referido tema, leciona a doutrina:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Conceito de culpabilidade: trata-se de culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. A culpabilidade em sentido estrito já foi analisada para compor a existência do delito (onde, além da reprovação social, analisou-se a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito). Entretanto, volta o legislador a exigir do juiz a avaliação da censura que o crime merece o que, aliás, demonstra que esse juízo não incide somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu -, justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida. (...) A culpabilidade, acertadamente, veio a substituir as antigas expressões 'intensidade do dolo' e 'graus de culpa'. Para compor o fato típico, verifica o magistrado se houve dolo ou culpa, pouco interessando se o dolo foi 'intenso' ou não, se a culpa foi 'grave' ou não. O elemento subjetivo, portanto, não deve servir para guiar o juiz na fixação da pena, pois, nesse contexto, o importante é a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso." (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7 ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 369).

Assim, em que pese seja de fato a culpabilidade elevada, somente pode se considerar como fundamentação, para elevação da pena base, a quantidade de substância entorpecente apreendida, que demonstra efetiva intenção de traficância, transportada pelo réu (aproximadamente 6kg).

O réu é primário, de bons antecedentes, conforme certidão de fls. 74 e 76.

A conduta social e a personalidade não foram desvaloradas.

Quanto aos motivos do crime, bem afirmou o magistrado que são inerentes ao tipo penal.

As circunstâncias do fato e consequências do crime também não foram valoradas negativamente.

E a contribuição da vítima também não foi valorada.

Porém, com a devida vênia, a exasperação da pena base foi de fato elevada, devendo ser readequada.

Existindo apenas uma circunstância desfavorável ao réu, qual seja a culpabilidade, o magistrado **a quo** aumentou a pena em 2 (dois) anos, restando a pena base de 07 (sete) anos.

Ocorre que tal elevação não se justifica, devendo ser adequada.

Fixo, portanto, como pena-base, a pena de 05 (cinco) anos e 07 (sete) meses de reclusão e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias- multa.

Inexistem circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Analisando os autos, percebe-se que é cabível a pretensão defensiva de aplicação da mesma causa de diminuição ao ora apelante, uma vez que este preenche os requisitos necessários para o benefício, ou seja, é primário (fls.74 e 76), não possui nenhuma condenação em seu desfavor, e não há indícios de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integre alguma organização criminosa ou se dedique a atividades ligadas ao crime.

Destarte, entende-se que o réu faz jus à benesse do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, sob risco de ofensa ao princípio da presunção da inocência, como bem se pronunciou esta Câmara em caso semelhante:

"(...) 5. Inquéritos policiais instaurados e processos criminais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência." (TJPR - 5ª C. Crim.- AC nº 03296779 - Rel. Marcus Vinícius de Lacerda Costa - j. 21/08/2009).

Reduzo a pena à metade (1/2), em razão da grande quantidade de entorpecentes apreendida, restando uma pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 281 (duzentos e oitenta e um) dias-multa.

Cabe salientar, quanto ao regime de cumprimento da pena, este deve ser o fechado de acordo com a jurisprudência:

"APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, DESPROVIDO. O regime para cumprimento da pena nos crimes considerados hediondos é o inicialmente fechado, como prevê a Lei 11.464/2007. Somente se cometido o delito antes do advento da Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao artigo 2º, da Lei n.º 8.072/90, é que pode ser fixado regime diverso do fechado para o cumprimento da pena ao autor de tráfico de drogas." (TJPR, AC nº718.263-6, Rel. Des. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, 5ª C. Crim., unânime, DJ 25/03/2011).

E quanto a substituição da pena, em que pese a recente decisão do STF (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, 1º/09/2010) considerando que a vedação abstrata a substituição da pena disposta no art. 44 da Lei 11.343/2006 é inconstitucional, tal decisão ocorreu em controle difuso de constitucionalidade, ou seja, só se aplica às partes daquele processo específico, não possuindo eficácia erga omnes nem efeito vinculante.

Além do mais, a prática do crime de tráfico não deve receber tal benesse, uma vez que esta providência tornaria inócuo o rigor trazido pela Lei 11.343/06 e exigida pela sociedade, no sentido de coibir de forma mais severa a execução desse delito, que tanto dissemina outras práticas ilícitas.

Diz a jurisprudência:

"Em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado pela inconstitucionalidade da vedação à substituição de pena ao crime de tráfico ilícito de drogas, no recente julgamento do Habeas Corpus nº.97256/RS, tal decisum foi proferido em controle difuso de constitucionalidade, sem o reconhecimento de repercussão geral. Deste modo, o aludido julgado, ainda que reflita uma tendência de posicionamento do Pretório Excelso, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interfere, ainda, na vigência do art. 44 da Lei 11.343/06, que proíbe o benefício." (TJPR, AC nº 717.456-7, Rel. Des. Jorge Wagih Massad, 5ª C. Crim., unânime, DJ 11/03/2011)

Sobre o tema, cumpre asseverar que, nada obstante fosse previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, o certo é que, a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, nas penas inferiores a 4 (quatro) anos de reclusão, o Superior Tribunal de Justiça passou a adequar o regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que fossem observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 27 de junho de 2012, ao julgar o **Habeas Corpus** nº 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Confira-se, a propósito, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

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

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

*5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 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.*

Nesse julgamento, lembrou o Relator Ministro Dias Toffoli que, "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 fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que 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".

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço.

Entretanto, consoante preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo a pena tendo sido fixada em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses, o regime prisional fechado se mostra adequado, levando em conta a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente - 6,350kg (seis quilos e trezentos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cinquenta gramas) de cocaína -, circunstância essa inclusive utilizada - como destacou o Tribunal impetrado - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

Ressalte-se, ainda, que o paciente teve a pena-base fixada em 7 (sete) meses acima do piso legal, em razão de circunstância judicial considerada desfavorável e, mesmo diante da expressiva quantidade e da potencialidade lesiva da droga apreendida, sua pena foi generosamente abrandada pelo Tribunal, pela aplicação da causa especial de diminuição da pena.

Nesse sentido:

A - [...]

2. A gravidade concreta do delito cometido pelo agente, especialmente em razão da quantidade de entorpecente capturado em seu poder, justifica a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.

3. Ordem denegada, ficando prejudicado o habeas corpus no tocante ao pleito de substituição da pena reclusiva por restritiva de direito. (HC nº 220.867/SP, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe 24/09/2012.)

B - [...].

3. Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, mostra-se devida a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a elevada quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente (17.690 g de maconha).

[...]

5. Ordem denegada. (HC nº 233.106/MG, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 06/08/2012.)

Por fim, embora o Tribunal impetrado tenha dado provimento ao recurso do Ministério Público para reconhecer a causa especial de aumento da pena prevista no art. 40, V (caracterizado o tráfico entre estados da federação) deixou de exasperar a pena na terceira fase da dosimetria, o que deixa também de fazer em razão da vedação da **reformatio in pejus**.

Ante o exposto, não conheço do presente habeas corpus.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0051907-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 236.117 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 5914518

EM MESA

JULGADO: 04/04/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALAN ALBERTO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : IVAN KRUMHEURER
CORRÉU : FÁBIO ROBERTO GOMES

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.