



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.780 - SC (2010/0212703-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DHIAN CARLO MAZIERO
ADVOGADO : DHIAN CARLOS MAZIERO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALDO PHILLIP BARTOSSEWIEZ (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º DA LEI DE DROGAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/5. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE, REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL, NA ESPÉCIE, A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que a natureza e a quantidade da droga apreendida – 161 gramas de cocaína –, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justificam a aplicação do redutor em 1/5, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no 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.

3. A significativa quantidade de drogas impede, ainda, a incidência da causa de diminuição prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, conforme já decidiram ambas as Turmas que compõem a Terceira seção desta Corte.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, 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 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No caso dos autos, considerando o *quantum* da pena estabelecido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime intermediário, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "*o condenado não reincidente, cuja pena seja*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto".

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto.

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, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.780 - SC (2010/0212703-0)

IMPETRANTE : DHIAN CARLO MAZIERO
ADVOGADO : DHIAN CARLOS MAZIERO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALDO PHILLIP BARTOSSEWIEZ (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALDO PHILLIP BARTOSSEWIEZ – preso em flagrante na posse de 161 gramas de cocaína, condenado à pena de 4 anos de reclusão, no regime fechado, e, atualmente, cumprindo pena no regime semiaberto, pelo crime de tráfico de drogas –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos autos da apelação n.º 2009.075420-3.

No presente *writ*, a impetração pleiteia, inclusive liminarmente, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 à razão máxima, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como a fixação do regime de pena aberto.

Indeferida a liminar, foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 74/109.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 110/119, opinando pela parcial concessão da ordem, a fim de afastar a vedação substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.780 - SC (2010/0212703-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º DA LEI DE DROGAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/5. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE, REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL, NA ESPÉCIE, A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, constata-se que a natureza e a quantidade da droga apreendida – 161 gramas de cocaína –, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justificam a aplicação do redutor em 1/5, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no 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.

3. A significativa quantidade de drogas impede, ainda, a incidência da causa de diminuição prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, conforme já decidiram ambas as Turmas que compõem a Terceira seção desta Corte.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No caso dos autos, considerando o *quantum* da pena estabelecido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime intermediário, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "*o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto*".

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

Na hipótese dos autos, o Juízo processante condenou o Paciente – preso em flagrante na posse de 161 gramas de cocaína – à pena de 4 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, no regime fechado, pelo crime de tráfico de drogas, nos seguintes termos:

"[...] fixo a pena-base em 6 anos e 600 dias-multa, no valor mínimo.

Na fase intermediária da dosimetria não há agravantes nem atenuantes a serem consideradas.

Na fase derradeira, reconhecida que foi a especial causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11343/06, reduzo em um quinto a pena aplicada, tornando-a definitiva, assim, em 4 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão e pagamento de 480 dias-multa, no valor mínimo.[...]" (fl. 24)

Inconformada, a Defesa interpôs apelação, que restou parcialmente provida pelo Tribunal de Justiça local, apenas para fixar a pena-base no mínimo legal, o que resultou na pena de 4 anos de reclusão, em regime fechado, nos termos da seguinte dosimetria:

"Desse modo, a pena inicial dos apelantes, individualmente, deve recuar para 5 anos e pagamento de 500 dias-multa.

No segundo estágio, ausentes agravantes e atenuantes, permanecem inalteradas as reprimendas.

Na terceira etapa, tem-se que os acusados já foram extremamente beneficiados com a aplicação da causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11343/06, pois além da quantidade vultosa de droga, há indícios de que se dedicavam à atividade criminosa, conforme se verificou pelos depoimentos dos policiais [...]

Nesse passo, alcançam as penas o montante definitivo de 4 anos de reclusão [...]" (fl. 39)

Nesta Superior Instância, a Defesa impetra o presente *habeas corpus*, pleiteando a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos à razão máxima, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime semiaberto.

Pois bem.

No caso dos autos, busca-se, em suma, **o afastamento da aplicação da minorante em 1/5, incidindo, assim, o benefício em seu grau máximo (2/3)** e, por conseguinte, seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como seja fixado o regime prisional semiaberto.

De início, cumpre salientar que o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que a natureza e a quantidade da droga apreendida – 161 gramas de cocaína –, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justificam a aplicação do redutor em seu grau intermediário, qual seja: 1/5, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime. A propósito, vejam-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.

I – As instâncias ordinárias não deixaram de justificar a aplicação da causa de diminuição em seu grau mínimo, pois se reconheceu que a quantidade de droga apreendida, bem como sua natureza, seriam fundamentos hábeis a aplicar a redução em seu patamar mínimo, ou seja, em 1/6.

II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para fixar a redução no patamar que entenda 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 - A pena imposta ao paciente pela prática do crime de tráfico não desbordou dos lindes da proporcionalidade e razoabilidade.

IV - Ordem denegada." (STF, HC 106.611/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 03/03/2011.)

"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.

3. Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

Assim, não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela incidência da minorante prevista no 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.

Quanto à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4.^o, do art. 33, da Lei n.^o 11.343/06, mencione-se que a apreensão de significativa quantidade de drogas impede a sua incidência.

Dessa forma, é impossível a diminuição da pena em razão maior que a já aplicada pelas instâncias antecedentes (o que se deu de forma contrária à jurisprudência desta Corte), devido à grande quantidade de droga apreendida – repita-se, 60,3 quilos de *maconha*.

Já decidiram ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal :

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.^o DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Embora o paciente seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4.^o do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a considerável quantidade de entorpecente apreendido, somada às circunstâncias do caso concreto, levaram a crer que se dedicaria a atividades criminosas.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. *Ordem denegada*." (HC 138.369/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 28/03/2011 – sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE COCAÍNA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.^o, DA LEI N.^o 11.343/06.

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

2. No caso, é inaplicável a redução legal, pois, embora o paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja primário e de bons antecedentes, a elevada quantidade de entorpecentes encontrados em seu poder, a saber, 1.915 g (mil novecentos e quinze gramas) de cocaína, no momento em que tentava embarcar para a Madri/Espanha, evidencia seu envolvimento em organização criminosa. Precedentes.

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

4. Na hipótese, verifica-se a presença da causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/06, bem como a grande quantidade de entorpecentes apreendidos, circunstâncias que autorizam a fixação de regime prisional mais gravoso.

5. Ordem denegada." (HC 194.454/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 11/04/2011 – sem grifos no original)

Por fim, quanto à fixação do regime prisional, é sabida a posição desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC nº 111840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 n.º 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, ante a primariedade do Paciente e tendo sido a pena-base fixada no mínimo legal, o *quantum* de pena não autoriza a fixação do regime prisional fechado. Verifica-se, pois, que o regime apropriado, à espécie, é o **semiaberto**, conforme ditame do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0212703-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 190.780 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090754203

8090017754

8090120610

EM MESA

JULGADO: 09/10/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DHIAN CARLO MAZIERO
ADVOGADO : DHIAN CARLOS MAZIERO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALDO PHILLIP BARTOSSEWIEZ (PRESO)
CORRÉU : JAIR ALEXANDRE KUHNEN

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, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.