



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.709 - RJ (2011/0008841-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WILLIAM TOMAZ DA COSTA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Paciente condenado à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 600 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido trazendo consigo 596g de maconha e 84g de cocaína.

2. O Tribunal *a quo*, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta do réu, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal.

3. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, já que o acórdão impugnado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de Réu que se dedicava à atividade criminosa.

4. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que a Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

5. A via estreita do *habeas corpus* é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

6. 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.

7. 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.

8. O regime prisional mais gravoso mostra-se adequado à espécie, diante da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, inclusive



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porque fixada a pena-base acima do mínimo legal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

9. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado 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, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

10. Ordem de *habeas corpus* denegada.

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, denegar a ordem. 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 194.709 - RJ (2011/0008841-8)

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WILLIAM TOMAZ DA COSTA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de WILLIAM TOMAZ DA COSTA, contra acórdão proferido, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (APC n.º 0217353-52.2009.8.19.0001).

O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido trazendo consigo 596g de maconha e 84g de cocaína.

Na ocasião, o Juízo sentenciante negou ao Apenado a aplicação da minorante contida no § 4.º do supracitado artigo, sob a alegação de que o Réu se dedicava à atividade criminosa, inclusive porque apresentava duas anotações criminais anteriores.

A Corte de origem, por sua vez, negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Apenado e deu provimento ao recurso ministerial para exasperar a pena-base (07 anos e 06 meses de reclusão), restando a sanção definitiva quantificada em 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 600 dias-multa.

Daí o presente *writ*, no qual se postula a reforma da condenação, nos seguintes pontos: i) redução da pena-base ao mínimo legal; ii) aplicação da minorante do § 4.º do art. 33, iii) fixação do regime inicial aberto e iv) substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 106/108, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 127/133, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.709 - RJ (2011/0008841-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Paciente condenado à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 600 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido trazendo consigo 596g de maconha e 84g de cocaína.

2. O Tribunal *a quo*, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta do réu, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal.

3. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, já que o acórdão impugnado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de Réu que se dedicava à atividade criminosa.

4. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que a Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

5. A via estreita do *habeas corpus* é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

6. 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.

7. 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.

8. O regime prisional mais gravoso mostra-se adequado à espécie, diante da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, inclusive porque fixada a pena-base acima do mínimo legal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

9. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

10. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO

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

Como acima relatado, o ora Paciente restou condenado, em primeira instância, pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, ocasião em que o Juízo sentenciante não aplicou a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, ao fundamento de que o Réu se dedicava à atividade criminosa.

O Tribunal fluminense, por sua vez, negou provimento ao recurso defensivo e reformou parcialmente o édito condenatório, nos seguintes termos:

"[...]

CARENTE DE RAZÃO A DEFESA, analise-se, agora, que, inconformado requereu o MP a exasperação da pena básica, com fulcro no art. 59 do CP e art. 42 da Lei nº 11343/06, tendo em vista a grande quantidade de entorpecente apreendida.

No que concerne à aplicação da reprimenda, assiste razão, mesmo, ao ente ministerial, conquanto indicada a majoração da pena básica acima do mínimo legal, em razão da significativa quantidade das drogas apreendidas, em obediência ao art. 42 da Lei nº 11343/06.

Assim, deve a pena básica, considerado seu menor patamar, ser afastada do patamar mínimo de forma hábil às suas finalidades, ficando fixada, assim, em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, reprimenda que carece de redução pela atenuante existente, do que, sopesada, ainda, a necessidade de aplicar-se uma sanção capaz de evitar uma nova incursão criminosa, fica concretizada, como, então, se tem como pertinente, à minguada de alterações outras, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, VML, por não se tratar de pessoa financeiramente abonada, estabelecido para o início do cumprimento da corporal, como se faz imperativo no caso em tela, o REGIME FECHADO.

Por tais razões, o voto é no sentido de negar-se provimento ao recurso da defesa e prover o do MP, nos termos acima." (fl. 90)

Defende a zelosa Defensoria Pública que o Paciente merece a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da minorante prevista no § 4º, da Lei 11.343/06, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos.

Não lhe assiste razão.

O aresto vergastado nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta do agente.

E, como não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, essa via não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (94 kg DE MACONHA). DECISÃO FUNDAMENTADA. WRIT DENEGADO.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. In casu, o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal a quo, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, afirmou que a grande quantidade de droga apreendida (quase 94 kg de maconha) trouxe maior grau de censurabilidade à conduta dos Pacientes, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentos válidos.

3. É desinfluyente a alegação de que o juízo sentenciante embasou o aumento de pena em inquéritos e ações penais em andamento - o que, frise-se, não restou corretamente demonstrado pela Defesa, e cujo ônus em provar lhe competia -, pois se mostra adequado e proporcional o aumento de 1 ano e 6 meses na pena-base de delito cujo mínimo legal é de cinco anos, ante a grande quantidade de droga apreendida (cerca de 94 kg de maconha).

4. Ordem denegada." (HC 134.663/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 15/09/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO. PENA-BASE EXACERBADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA SANÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Não há que se falar em manifesta ilegalidade a ser sanada na via eleita se o magistrado de primeiro grau, ao fixar as penas-bases do paciente acima do mínimo legal, fundou-se nas desfavoráveis circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Sentença que assentou tratar-se da segunda maior apreensão da história do país (1.691 kg de cocaína), ressaltando as circunstâncias do delito (transporte da droga no interior de bucho bovino) e a organização, complexidade e extensão da associação criminosa. Foi apresentada, portanto, motivação concreta na dosimetria da reprimenda imposta ao paciente.

3. Ademais, o Tribunal de origem destacou que a análise mais detalhada da fundamentação adotada pelo magistrado a quo será feita no julgamento da apelação, recurso adequado para tal fim, não havendo como reconhecer, por ora, qualquer constrangimento ilegal na dosimetria da pena imposta ao paciente.

4. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte, a grande quantidade de droga é circunstância que autoriza a exacerbação da pena-base.

5. Ordem denegada." (HC 96.237/GO, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 12/04/2010.)

Lado outro, como bem consignou o acórdão impugnado, as circunstâncias do caso e a apreensão de grande quantidade e variedade de entorpecentes evidencia que o Réu se trata de pessoa dedicada à criminalidade (tráfico "profissional"), o que impedia a aplicação da minorante prevista no § 4.^o do art. 33, da Lei n.^o 11.343/2006.

Confira-se:

"[...]

O ora apelante além de ser possuidor de maus antecedentes, consoante sua FAC (fls. 141/44), ainda foi preso com grande quantidade e diversidade de entorpecentes, ou seja, 596g (quinhentos e noventa e seis gramas) de Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como maconha e 84g (oitenta e quatro gramas) de Cloridrato de cocaína, conforme Laudo Prévio de fls. 07, restando evidenciado nos autos que não estava atuando divorciado do tráfico 'profissional', não sendo admitida, pois, a incidência do redutor previsto no § 4.^o do art. 33 da Lei de Drogas.

[...]" (fl. 88)

Como se vê, o Tribunal de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu que o Paciente não faria jus à aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.^o do art. 33 da Lei de Drogas, porque se dedicava à atividade criminosa.

Evidencia-se, assim, a impossibilidade de incidência da sobredita minorante, já que não preenchidos os requisitos legais.

No mesmo sentido, já se pronunciou esta Quinta Turma, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4.^o, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4.^o do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. **É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, ele não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente à vedação de se dedicar a atividade criminosa**, pois restou evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade da substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.

3. *Ordem denegada.*" (HC 111891/GO, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 24/11/2008; destaquei)

Ressalte-se, ademais, que a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, tendo em vista a incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.

Confirmam-se os seguintes precedentes:

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. *É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.*

2. **Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.**

3. **A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.**

4. *Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver.*" (HC 90.350/SP, 6ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 14/04/2008; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada." (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifos no original.)

Conclui-se, portanto, não haver ilegalidade a ser reparada na espécie.

De outro lado, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre ressaltar que 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 § 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 § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5º, 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)"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, de toda sorte, o regime mais gravoso também se impõe nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, porque a Corte *a quo*, fundamentadamente, considerou desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. DESCABIMENTO.

1. *É cabível a fixação de regime semiaberto em razão das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, ligadas a maneira com que foi cometido o delito, ainda que a pena final seja igual ou inferior a quatro anos.*

2. *Hipótese em que o julgador se valeu de elementos idôneos para determinar o regime prisional - crime cometido no período noturno e contra menor de idade - tendo, inclusive, arbitrado a pena-base acima do mínimo legal.*

3. *Ordem denegada.*" (HC 220.667/MS, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 07/03/2012.)

"[...] EXECUÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA FECHADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REITERAÇÃO CRIMINOSA. FORMA MAIS SEVERA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA.

1. *Tendo a sentença e o acórdão concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento da pena, haja vista a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais e ainda levando-se em conta a reiteração criminosa, justificada está a imposição do modo prisional mais gravoso.*

2. *Ordem parcialmente concedida apenas para afastar a circunstância judicial dos maus antecedentes, bem como para alterar o patamar de aumento da pena de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), redimensionando-se a reprimenda do paciente definitivamente para 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o aresto impugnado.*" (HC 151.190/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 16/02/2012.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. [...]

3. *Fixada a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentação idônea, correta a estipulação do regime inicial mais gravoso, conforme autorizado pelo § 3º do art. 33 do Código Penal.*

4. *Ordem denegada.*" (HC 96.379/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESTEVES LIMA, DJ de 16/06/2008.)

Por fim, descabida a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Afinal, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, ter declarado, 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, constata-se que, no caso em apreço, a medida não se mostra adequada, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0008841-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 194.709 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090012179482 2173535220098190001

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 : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : WILLIAM TOMAZ DA COSTA

CORRÉU : WELLINGTON TOMAZ DA COSTA

CORRÉU : PATRÍCIA DA COSTA FERREIRA

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, denegou a ordem."

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.