



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.558 - RJ (2011/0220139-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RITA DE CASSIA CORDEIRO DE CASTRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PRETENSÃO DE ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No caso, a Paciente foi presa em flagrante delito no dia 20/05/2010, pela suposta prática de tráfico ilícito de drogas e, posteriormente, condenada à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo 2,6 g (dois gramas e seis decigramas) de "cocaína" e 88 g (oitenta e oito gramas) de "maconha", acondicionadas em quatro invólucros plásticos, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade.

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, a Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse, porquanto haviam várias denúncias de que a Paciente "*se dedicava ao tráfico de drogas, motivo pelo qual uma das policiais que participou da operação já a conhecia*", pois "*estava fazendo um levantamento acerca desses fatos*". Precedentes.

3. Não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação da Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do 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, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, 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 cabível a conversão da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em sanções restritivas de direitos, já que a Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada, estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão.

6. O Plenário da Suprema Corte, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso, considerando o *quantum* da pena estabelecida, bem assim a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida.

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 e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.558 - RJ (2011/0220139-0)

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RITA DE CASSIA CORDEIRO DE CASTRO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de RITA DE CASSIA CORDEIRO DE CASTRO, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido na apelação n.º 0000709-85.2010.8.19.0032.

Consta nos autos que a Paciente foi presa em flagrante delito no dia 20/05/2010, pela suposta prática de tráfico ilícito de drogas. Posteriormente, foi condenada, em primeira instância, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo **2,6 g (dois gramas e seis decigramas) de "cocaína"** e **88 g (oitenta e oito gramas) de "maconha"**, acondicionadas em quatro invólucros plásticos. Na ocasião, o Juízo sentenciante vedou à Paciente o recurso em liberdade, mantendo-a na prisão.

Inconformada, interpôs recurso de apelação perante o Tribunal *a quo*, que restou desprovido.

No presente *writ*, sustenta a Impetrante, em resumo, a existência de ilegalidade na dosimetria da pena, decorrente da não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, tendo em vista que a Paciente preenche os requisitos necessários à incidência da mencionada causa de diminuição de pena.

Aduz, ainda, que, se reduzida a reprimenda nos termos explicitados acima, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos e a fixação de regime prisional inicial menos gravoso que o regime fechado.

Desse modo, requer: *a*) a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas; *b*) a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos; e *c*) a fixação de regime prisional menos gravoso para o início do cumprimento da reprimenda.

As informações do Tribunal Impetrado foram dispensadas, por estarem os autos devidamente instruídos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 42/47, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.558 - RJ (2011/0220139-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PRETENSÃO DE ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No caso, a Paciente foi presa em flagrante delito no dia 20/05/2010, pela suposta prática de tráfico ilícito de drogas e, posteriormente, condenada à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incursa no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo 2,6 g (dois gramas e seis decigramas) de "cocaína" e 88 g (oitenta e oito gramas) de "maconha", acondicionadas em quatro invólucros plásticos, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade.

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, a Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse, porquanto haviam várias denúncias de que a Paciente *"se dedicava ao tráfico de drogas, motivo pelo qual uma das policiais que participou da operação já a conhecia"*, pois *"estava fazendo um levantamento acerca desses fatos"*. Precedentes.

3. Não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação da Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do 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, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, 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 cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que a Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada, estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão.

6. O Plenário da Suprema Corte, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso, considerando o *quantum* da pena estabelecida, bem assim a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida.

VOTO

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

No caso, a Paciente foi presa em flagrante delito no dia 20/05/2010, pela suposta prática de tráfico ilícito de drogas. Posteriormente, foi condenada, em primeira instância, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo **2,6 g (dois gramas e seis decigramas) de "cocaína"** e **88 g (oitenta e oito gramas) de "maconha"**, acondicionadas em quatro invólucros plásticos. Na ocasião, o Juízo sentenciante vedou à Paciente o recurso em liberdade, mantendo-a na prisão.

Busca-se, no presente *writ*, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo, a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos e a fixação de regime inicial menos gravoso que o fechado.

O Tribunal Impetrado negou à Paciente a aplicação da referida causa de diminuição de pena, mediante a seguinte fundamentação, *ad litteram*:

"A forma de acondicionamento da substância entorpecente apreendida evidencia a sua finalidade mercantil ilícita, o que também impede a desclassificação de tráfico de drogas para uso.

O recurso interposto também não merece provimento no que tange ao pedido de redução da reprimenda imposta, com aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 42 do Artigo 33 da Lei Antidrogas. Tal dispositivo prevê uma causa de redução para o agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas. E, embora a anotação existente na Folha de Antecedentes Criminais da apelante não preste para configuração de maus antecedentes, já que indica o curso de uma ação penal, a circunstância de sua apreensão indica a dedicação ao tráfico de drogas.

*O flagrante da acusada portando substância entorpecente ocorreu após o recebimento de várias denúncias de que a mesma se dedicava ao tráfico de drogas, motivo pelo qual uma das policiais que participou da operação já a conhecia, conforme se depreende do depoimento de fls. 79, a seguir transcrito: 'Que estava de serviço pela 4.ª Cia., quando receberam denúncia que uma mulher de nome Rita estava trazendo substância entorpecente do Rio de Janeiro; (...) Que conhecia a acusada; **Que já haviam várias***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denúncias de que a mesma realizava o tráfico de entorpecentes no mencionado conjunto habitacional; Que a depoente estava fazendo um levantamento acerca desses fatos e por isso já conhecia a acusada'. (grifo nosso)

Cabe destacar que a defesa não logrou êxito em demonstrar de forma contundente o exercício de ocupação lícita pela acusada, fator que contribui para ratificar que a mesma subsiste da venda de drogas. Tais evidências impedem o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena pleiteada pela defesa." (fl. 16)

Inicialmente, cumpre ressaltar que fará jus à aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique a atividades delituosas e nem integre organização criminosa.

No caso em apreço, conforme se constata da transcrição realizada, verifica-se que a minorante em apreço foi negada mediante fundamentação idônea, restando justificada a sua não incidência, porquanto em razão das várias notícias de que a Paciente "*se dedicava ao tráfico de drogas, motivo pelo qual uma das policiais que participou da operação já a conhecia*", pois "*estava fazendo um levantamento acerca desses fatos*".

Por oportuno, transcrevo os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. ENVOLVIMENTO EM ATIVIDADE CRIMINOSA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3. ORDEM DENEGADA.

1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido da possibilidade de afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006 quando demonstrado o envolvimento em atividade criminosa para a prática do crime de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos.

2. A regra excepcional do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, tem como destinatário o pequeno traficante, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida, não havendo que se falar, desta maneira, em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

3. Afastada a possibilidade de diminuição da pena privativa de liberdade, que ficou mantida no patamar de 5 anos de reclusão, não tem o paciente direito à modificação do regime para o inicial aberto.

4. Ademais, no caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 8 anos, levando em conta que ficou consignado no acórdão impugnado que o paciente se dedica a atividades criminosas, circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a aplicação da causa de diminuição prevista no § 3.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Habeas corpus *denegado*." (HC 190.327/SP, Quinta Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 10/02/2012.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da natureza e da grande quantidade de droga apreendida (2.940g (dois mil, novecentos e quarenta gramas) de cocaína).

2. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Na hipótese, destacou o Tribunal de origem que a quantidade da droga apreendida - 2.940g (dois mil, novecentos e quarenta gramas) de cocaína -, bem como o fato do passaporte do Paciente revelar a realização de viagens despidas de qualquer justificativa plausível e de custo incompatível com as condições econômicas informadas, evidenciam o seu grau envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

4. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

5. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, 'A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.' (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

6. Habeas corpus *denegado*." (HC 211.357/SP, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 17/09/2012.)

Ressalte-se, ademais, não ser possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação da Paciente à atividade criminosa, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ.

No mesmo sentido:

"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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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." (HC 190.780/SC, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 17/10/2012.)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. NÃO APLICABILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. 4. REGIME FECHADO MOTIVADO NA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. POSSIBILIDADE. 5. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. 6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, já 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. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do habeas corpus a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente habeas corpus, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ao entender que, diante das circunstâncias concretas do crime - no qual o paciente foi preso, com apreensão de 22 (vinte e duas) porções de maconha, 33 (trinta e três) porções de cocaína e 43 (quarenta e três) porções de crack -, estava plenamente caracterizado o envolvimento do sentenciado com o tráfico e com a criminalidade, inviabilizada a concessão da causa de diminuição pela ausência dos requisitos legais.

4. Para desconstituir o que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se necessário o reexame completo e detalhado dos fatos e provas constantes dos autos, procedimento totalmente incompatível com os estreitos limites do habeas corpus.

5. No que diz respeito ao regime de cumprimento da pena, constata-se que foi estabelecido o regime inicial fechado, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão da natureza, diversidade e elevada quantidade de droga apreendida.

6. Mantida a pena imposta, fica prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o quantum de pena fixado, 5 (cinco) anos de reclusão, não comporta a concessão de benefício, conforme previsão do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido." (HC 237.706/SP, Quinta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 02/10/2012.)

De outra parte, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do 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 sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente." (STF, HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 16/12/2010.)

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011, *v.g.*

Acrescente-se, ainda, que, em 15/02/2012, foi editada a Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da referida regra, *in verbis*:

"RESOLUÇÃO N.º 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006.

O Senado Federal resolve:

Art. 1.º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2.º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012."

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que a Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada, estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão.

Noutro giro, o Tribunal Pleno da Suprema Corte, em 27/06/2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/2007), e afastou a obrigatoriedade de, aprioristicamente, fixar-se o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas.

A propósito, confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

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

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

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 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."

Na ocasião, estabeleceu 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, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado particularizar a reprimenda do condenado, conforme as circunstâncias do caso concreto. No ponto, transcreva-se os fundamentos do voto do Ministro Relator DIAS TOFFOLI, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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."

Assim, consoante orientação do Pretório Excelso, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto nos §§ 2.º e 3.º do art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, conforme a hipótese.

No caso, incidem as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, 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"* e que *"[a] determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código"*.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º DA LEI DE DROGAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE ENSEJA A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O STF, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, (DJe de 11/09/2012); HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, (DJe de 06/09/2012); HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Relator Min. LUIZ FUX, (DJe de 06/09/2012). Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. *Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'*

3. *Conforme corretamente se pronunciaram os graus de jurisdição antecedentes, em razão da expressiva quantidade e natureza de droga apreendida (166,7 gramas de cocaína distribuídos em 200 porções embaladas em sacos plásticos), resta evidenciado que o Paciente é dedicado à criminalidade, o que impede a redução de pena pretendida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.*

4. *O Plenário do STF, no dia 27/06/2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.*

5. *Consoante orientação da Corte Suprema, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Portanto, tendo sido a pena-base fixada no mínimo legal, o quantum de pena não autoriza a fixação do regime prisional fechado, sendo adequado à espécie o regime semiaberto.*

6. *Habeas corpus não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício, para, mantendo a condenação, fixar o regime prisional inicial semiaberto." (HC 246.447/SP, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 02/10/2012.)*

Assim, tendo em vista tratar-se de Paciente condenada à sanção definitiva de 5 (cinco) anos de reclusão, primária, de bons antecedentes, que teve a pena-base fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, faz ela jus ao regime prisional inicial semiaberto.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem de *habeas corpus*, tão somente para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0220139-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 218.558 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2782010 7098520108190032

EM MESA

JULGADO: 11/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : RITA DE CASSIA CORDEIRO DE CASTRO

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).