



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.837 - MG (2010/0059238-6)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : OTACÍLIO LOPES FERREIRA
PACIENTE : ARLINDO DE VASCONCELOS FERREIRA
EMENTA

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.
2. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.
3. No caso concreto, os pacientes foram flagrados com mais de 40 quilos de maconha, além de armas, munições e apetrechos utilizados no comércio ilícito de entorpecentes, sendo inaplicável, portanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.
4. Após o Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, este Tribunal firmou entendimento no sentido de que para os crimes de tráfico de drogas, cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/76, o regime inicial de cumprimento de pena e a possibilidade de substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos devem ser regidos com base nos ditames do Código Penal.
5. Não obstante o afastamento da vedação legal, no caso concreto, o regime fechado se mostra adequado, pois a pena foi fixada em 6 anos de reclusão, diante da existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de circunstâncias judiciais desfavoráveis - grande quantidade de droga e apreensão de armas, munições e artefatos utilizados para a prática do tráfico de entorpecentes.

6. Inalterado o *quantum* da reprimenda, pelas razões supramencionadas, resta configurado o óbice da substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, em face da ausência do requisito objetivo previsto na primeira parte do art. 44, I, do Código Penal, qual seja, pena privativa de liberdade fixada em patamar superior a quatro anos de reclusão.

7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de maio de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.837 - MG (2010/0059238-6)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : OTACÍLIO LOPES FERREIRA
PACIENTE : ARLINDO DE VASCONCELOS FERREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de OTACÍLIO LOPES FERREIRA e ARLINDO DE VASCONCELOS FERREIRA, em face de acórdão proferido pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Noticiam os autos que os pacientes foram condenados pela prática dos crimes do art. 12 da Lei nº 6.368/76, a 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e multa, e do art. 10 da Lei nº 9.437/97, a 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, no regime semiaberto, e multa, condenação mantida em sede de apelação criminal.

No presente *mandamus*, alega o impetrante que ocorreu constrangimento ilegal, uma vez que o magistrado sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal sem fundamentação idônea.

Sustenta que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, foi afastada indevidamente por entender o Tribunal *a quo* que a nova Lei não se aplica aos crimes cometidos na vigência da Lei nº 6.368/76.

Aduz ser possível a fixação de regime prisional menos gravoso, bem ainda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se aplicando as disposições legais posteriores mais desfavoráveis para impedir a aplicação desses benefícios.

Postula, assim, o estabelecimento da pena-base no mínimo legal, a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a imposição de regime prisional aberto para o desconto da reprimenda corporal, bem como sua substituição por restritiva de direitos.

O Exmo. Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator originário, indeferiu a liminar (e-STJ fl. 106).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações solicitadas foram prestadas pelos documentos de e-STJ fls. 113/125.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 129/136).

Vieram-me os autos à conclusão, por atribuição, em 04/01/11, após a minha designação para integrar esta eg. 5ª Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.837 - MG (2010/0059238-6)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : OTACÍLIO LOPES FERREIRA
PACIENTE : ARLINDO DE VASCONCELOS FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.
2. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.
3. No caso concreto, os pacientes foram flagrados com mais de 40 quilos de maconha, além de armas, munições e apetrechos utilizados no comércio ilícito de entorpecentes, sendo inaplicável, portanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.
4. Após o Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, este Tribunal firmou entendimento no sentido de que para os crimes de tráfico de drogas, cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/76, o regime inicial de cumprimento de pena e a possibilidade de substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos devem ser regidos com base nos ditames do Código Penal.
5. Não obstante o afastamento da vedação legal, no caso concreto, o regime fechado se mostra adequado, pois a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena foi fixada em 6 anos de reclusão, diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - grande quantidade de droga e apreensão de armas, munições e artefatos utilizados para a prática do tráfico de entorpecentes.

6. Inalterado o *quantum* da reprimenda, pelas razões supramencionadas, resta configurado o óbice da substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, em face da ausência do requisito objetivo previsto na primeira parte do art. 44, I, do Código Penal, qual seja, pena privativa de liberdade fixada em patamar superior a quatro anos de reclusão.

7. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.837 - MG (2010/0059238-6)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : OTACÍLIO LOPES FERREIRA
PACIENTE : ARLINDO DE VASCONCELOS FERREIRA

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (RELATOR):

O primeiro ponto da insurgência do presente *writ* refere-se aos critérios utilizados para a fixação da pena aplicada pelo Juízo de 1ª instância e mantida pelo Tribunal Regional.

No caso concreto, o Tribunal *a quo* manteve integralmente a reprimenda fixada pelo magistrado sentenciante, observando as normas previstas no art. 59 do Código Penal, sob os fundamentos transcritos a seguir, *verbis*:

“Sem razão também os apelantes quando se insurgem contra o quantum da pena.

Tenho que o MM. Juiz, ao fixá-la, observou rigorosamente os preceitos do art. 68 do CPB, não merecendo, assim, qualquer reparo.

Cabe dizer que os acusados traficavam drogas em larga escala e, ao que parece, em mais de um estado da federação, tendo sido apreendidos mais de quarenta quilos de droga. Possuíam várias armas e muita munição, o que permite concluir que se tratava de agentes de grande periculosidade e que, ainda que tecnicamente primários, foram condenados, ao longo do processo, por tráfico de entorpecentes e roubo qualificado.

Saliente-se, ainda, que o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual os recorrentes foram condenados impõe sanção que pode variar de 3 a 15 anos, e a pena foi fixada em 6 anos de reclusão, verificando-se assim que ela tendeu muito mais para o menor patamar do que para o quantum máximo previsto em lei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irreparáveis, assim sendo, as penas que foram impostas.” (e-STJ fl. 98)

Da simples leitura do decreto condenatório, bem como do acórdão que confirmou a condenação dos pacientes, depreende-se que as instâncias ordinárias, ao fundamentarem a fixação das reprimendas acima do mínimo legal, levaram em consideração as circunstâncias e consequências do crime, a personalidade dos pacientes e a periculosidade concreta dos delitos, bem ainda a grande quantidade de droga apreendida (mais de 40 quilos de maconha). Assim, as sanções a eles impostas revelam-se razoáveis, sendo aplicadas nos moldes determinados pelo art. 59 do Código Penal, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em razão das desfavoráveis circunstâncias judiciais já mencionadas.

Conforme o entendimento consolidado deste Tribunal, a revisão da pena imposta só é possível quando verificada, de plano, a existência de evidente abuso ou ilegalidade.

Caso contrário, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a fixação da pena-base demandaria análise de matéria fático-probatória, o que é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. PENA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE FORMA FUNDAMENTADA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal”.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. O reexame da dosimetria em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

V. Análise da dosimetria da pena, no caso concreto, que aponta ter sido a pena base fixada acima do mínimo legal com fundamentação em circunstâncias concretas, notadamente a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e acentuada quantidade da droga apreendida - 123 kg.

VI. Inexistência, na espécie, de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do habeas corpus, caracterizando-se o uso inadequado do instrumento constitucional.

VII. Ordem denegada.” (HC 205.583/MS, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 19/12/11)

No que tange à possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sobre a pena do delito estatuído no art. 12 da Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6.368/76, também não assiste razão à impetrante.

Extrai-se dos autos que o Tribunal de origem refutou a incidência da causa especial de diminuição prevista na Lei nº 11.343/06, argumentando não ser possível a combinação de disposições mais favoráveis dessa lei aos condenados com base na Lei nº 6.368/76.

Independentemente da discussão sobre a possibilidade ou não da incidência do aludido benefício aos crimes praticados sob a égide da lei anterior, o certo é que, no caso concreto, os pacientes não preenchem os requisitos para a aplicação do redutor.

O Supremo Tribunal Federal entende que o reconhecimento, nas instâncias ordinárias, do *modus operandi* e da grande quantidade de droga apreendida, é hígido e suficiente para atestar a dedicação à atividade criminosa, sendo impossível, portanto, a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Confira-se:

“Habeas corpus. Constitucional e penal. Crime de tráfico transnacional de entorpecentes. Pretensão ao reconhecimento da figura privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06). Inadmissibilidade. Reexame que implicaria na análise de prova, vedada na via processual eleita. Precedentes.

1. Na hipótese dos autos, o egrégio Tribunal a quo reconheceu que a paciente se dedica à prática de atividades criminosas (primeira premissa) e, possivelmente, também seja integrante de organização criminosa (segunda premissa), não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

2. A alteração dessa conclusão, a fim de verificar se a paciente dedica-se ou não à prática de atividades criminosas ou se faz parte ou não de organização criminosa, enseja, necessariamente, reexame de circunstâncias fáticas, que, in casu, não estão evidentes, impedindo a análise por meio de via exígua do habeas corpus (HC 82.625, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 82.782, 82.493, 82.517, 82.246, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 82.191, Rel. Min. Maurício Corrêa; HC 82.128, 82.377, 82.839, 82.394, Rel. Min. Carlos Velloso).

3. O habeas corpus não é a via adequada para a análise de pedido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mitigação da pena quando sua fixação tiver apoio nas circunstâncias constantes do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

4. Habeas corpus denegado.” (HC 101891, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 22/11/10).

No mesmo diapasão da orientação da Excelsa Corte, as Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça consideram ser impossível a aplicação da pretendida diminuição da pena, diante do reconhecimento de graves circunstâncias que caracterizaram a prática delitiva, tais como a origem e a grande quantidade de droga apreendida, evidenciando, portanto, a dedicação às atividades criminosas.

Outrossim, a *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, circunstância diversa do caso em tela, dadas a grande quantidade de substância entorpecente apreendida (mais de quarenta quilos de maconha), juntamente com várias armas e munições, além de três balanças e um aparelho de telefonia celular, conhecidos apetrechos utilizados para a prática do tráfico de drogas.

Confira-se o seguinte precedente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS CONCRETOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (quase 25 kg: 14,9 kg de cocaína, 325,28 g de crack e 9,9 kg de maconha), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme, inclusive, os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. Demonstrado pelas instâncias ordinárias que a paciente se dedica à atividade criminosa, diante do montante e da variedade das substâncias entorpecentes que estavam na sua posse, bem como pelo modo como acondicionadas parte delas (462 papelotes), além de munições, arma de fogo, aparelhos de celular e 5 balanças de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

precisão, não tem direito à diminuição do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006. Conclusão indene ao crivo do habeas corpus, pois demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com o seu angusto veio de conhecimento. Precedentes.

3. Ordem denegada." (HC 204.618/SP, Rel. a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 24/10/11)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INQUÉRITO POLICIAL EM ANDAMENTO. PRIMARIEDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável o afastamento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ao argumento de que o paciente possui Maus antecedentes, em razão de inquéritos policiais em andamento, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

2. O fato de o paciente estar foragido do sistema prisional não constitui, por si só, argumento idôneo a ensejar o afastamento da referida benesse, sob pena de se criar condição não estabelecida previamente em lei.

3. Se o paciente, à época dos fatos, estava sendo investigado pela prática dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, e a natureza, a diversidade e a quantidade de drogas apreendidas evidenciam, em princípio, que se dedicava a atividades criminosas, inviável ver reconhecida a incidência da benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem denegada." (HC 116.178/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 29/3/2010)

De outra parte, após o Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, este Tribunal firmou entendimento no sentido de que para os crimes de tráfico de drogas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/76, o regime inicial de cumprimento de pena e a possibilidade de substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos devem ser regidos com base nos ditames do Código Penal.

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

Do mesmo modo, a Lei nº 11.343/06, que veda a possibilidade de conversão da reprimenda para os crimes de tráfico de entorpecentes, por ser mais gravosa, não pode retroagir para prejudicar o réu, que poderá ter sua pena convertida, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado desta Turma:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI N.º 11.464/2007. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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

2. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não permanece nenhum empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes.

3. Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proceda a adequação do regime prisional, nos termos do art. 33 do Código Penal, bem como o exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos. (HC 159.172/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 21/11/11).

Em relação ao regime prisional, os artigos 59, inciso III, e 33, § 3º, do Código Penal, preceituam que, observados os limites previstos no § 2º daquele último artigo, devem ser levadas em conta as circunstâncias judiciais, só justificando-se a imposição de regime mais severo se devidamente motivada a escolha nessas circunstâncias.

In casu, a escolha pelo regime mais gravoso deu-se apenas pela previsão contida na Lei n.º 11.464/07 (e-STJ fl. 98).

Todavia, não obstante o afastamento da vedação legal, no caso concreto, o regime fechado se mostra adequado, pois a pena foi fixada em 6 anos de reclusão, diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - grande quantidade de droga e apreensão de armas, munições e artefatos utilizados para a prática do tráfico de entorpecentes.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta colenda Turma:

“(…)

EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO MAIS SEVERO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

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

2. Não obstante a afirmação contida no aresto impetrado de que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime fechado estava de acordo com o estabelecido na Lei 11.464/07 - inaplicável no caso -, verifica-se que a forma mais gravosa de execução da sanção foi imposta ao paciente também em razão da gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela considerável quantidade de droga apreendida em poder da corré por ele aliciada - 2.500 g (dois mil e quinhentos gramas de cocaína - e pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - conduta social e personalidade - elementos que justificam a manutenção do regime inicial fechado à pena irrogada ao paciente.

(...)

3. Ordem denegada.” (HC 173.168/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/11/11)

De outro giro, no que concerne à pretendida substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, em face da inalterabilidade do *quantum* da reprimenda, fica configurada a ausência do requisito objetivo previsto na primeira parte do art. 44, I, do Código Penal, qual seja, a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos.

Este Sodalício, em uníssonos julgados, vem afastando a possibilidade de avaliação da benesse pleiteada, quando, de plano, constata-se a ausência do aludido requisito. Cito os seguintes precedentes: HC 162.376/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 02/09/2011; HC 139.703/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011).

Diante do exposto, conheço do *habeas corpus* e denego a ordem.

Comunique-se ao Exmo. Sr. Ministro Joaquim Barbosa, Relator do HC 112.463, o inteiro teor do julgamento do presente *mandamus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0059238-6

HC 167.837 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024031524093 24031524093

EM MESA

JULGADO: 17/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: OTACÍLIO LOPES FERREIRA
PACIENTE	: ARLINDO DE VASCONCELOS FERREIRA

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.