



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.186 - SP (2012/0111117-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : OSVALDO NICOLAIA FORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : OSVALDO NICOLAIA FORTES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Paciente preso em flagrante, no dia 09 de janeiro de 2010, e condenado à pena de 07 anos de reclusão, como incurso no art. 33 c.c 40, inciso I, da Lei n.º 11.343/2006, porque, juntamente com corré, tentou embarcar em voo para Lisboa, com conexão em Madri, transportando na mala 07 pacotes contendo 3.490g de cocaína.

2. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

3. A sentença condenatória, mantida pelo Tribunal de Justiça *a quo*, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade 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.

4. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, rever a conclusão exarada pela instância ordinária.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Porém, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, como no caso, cabível aplicar o regime prisional mais gravoso, atendendo ao disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

6. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incisos I e III, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* denegado.

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), 16 de maio de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.186 - SP (2012/0111117-3)

IMPETRANTE : OSVALDO NICOLAIA FORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : OSVALDO NICOLAIA FORTES (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor próprio por OSVALDO NICOLAIA FORTES, preso e condenado à pena de 07 anos de reclusão, como incurso no art. 33 c.c 40, inciso I, da Lei n.º 11.343/06, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, que negou provimento ao apelo defensivo.

Defende o Impetrante-Paciente, em suma, que a fixação da pena-base acima do mínimo legal viola o princípio da proporcionalidade, que é primário, de bons antecedentes e não faz parte de organização criminosa, nem se dedica à atividade criminosa.

Busca, assim, liminarmente e no mérito, a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 4.º do art. 33 da Lei do Drogas, em seu patamar máximo, e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 17/18.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 26/41, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 64/68, opinando pela denegação da ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.186 - SP (2012/0111117-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Paciente preso em flagrante, no dia 09 de janeiro de 2010, e condenado à pena de 07 anos de reclusão, como incurso no art. 33 c.c 40, inciso I, da Lei n.º 11.343/2006, porque, juntamente com corré, tentou embarcar em voo para Lisboa, com conexão em Madri, transportando na mala 07 pacotes contendo 3.490g de cocaína.

2. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

3. A sentença condenatória, mantida pelo Tribunal de Justiça *a quo*, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade 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.

4. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, rever a conclusão exarada pela instância ordinária.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Porém, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, como no caso, cabível aplicar o regime prisional mais gravoso, atendendo ao disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

6. 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, incisos I e III, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* denegado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

No caso dos autos o Paciente foi preso em flagrante, no dia 09 de janeiro de 2010, e condenado à pena de 07 anos de reclusão, como incurso no art. 33 c.c 40, inciso I, da Lei n.º 11.343/06, porque, juntamente com corré, tentou embarcar em voo para Lisboa, com conexão em Madri, transportando na mala 07 pacotes contendo 3.490g de cocaína.

O Tribunal Federal *a quo*, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve a individualização da pena em sua integralidade, nos seguintes termos:

"Dosimetria. Na sentença de fls. 249/280v., o Juízo a quo fixou a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão para ambos os réus.

Afastou atenuantes e agravantes, bem como a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Aumentou as penas dos acusados de 1/6 (um sexto) pela internacionalidade do delito, tornando-as definitivas em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Adequada a pena-base acima do mínimo legal, considerada a natureza da droga (cocaína) e sua quantidade (3.490g), em conformidade com o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Contudo, deve-se fazer distinção entre os réus quanto aos critérios judiciais do art. 59 do Código Penal, pois a culpabilidade respectiva é diversa. Nesse sentido, é nítida a maior culpabilidade do acusado Osvaldo Nicolaia Fortes, responsável pela ação delitiva, ao passo que a acusada Nilda Soares Mendes limitou-se a acompanhá-lo, a seu pedido. Assim, mantenho a pena-base do acusado Osvaldo em 6 (seis) anos de reclusão, mas reduzo a penabase da acusada Nilda para 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Não prospera o pedido de desclassificação para modalidade tentada, dado que se trata de delito de ação múltipla, que se realiza com a prática de qualquer das condutas referidas no respectivo tipo penal.

Não prospera, também, o pedido para aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Verifica-se que em seus passaportes existem diversas viagens para o Brasil com o mesmo destino da droga apreendida quando presos em flagrante em 09.01.10 (fls. 170/171).

Não é necessário, por outro lado, que o agente ou o entorpecente ultrapasse a fronteira para configurar a internacionalidade do delito, a qual decorre das circunstâncias do fato e dos elementos existentes nos autos. O corréu Osvaldo foi contratado para buscar entorpecente no Brasil ainda em Lisboa, razão pela qual, acompanhado de Nilda, veio ao País. A mala despachada em nome da acusada tinha por destino o exterior, viagem para a qual não embarcaram os acusados em razão do flagrante, sendo que prisão dos réus foi efetivada prestes ao embarque para Portugal, com escala em Madri, Espanha (fls. 2/20).

Cumprir manter, portanto, a causa de aumento do art. 40, I, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 11.343/06, fixada corretamente pela sentença em 1/6 (um sexto).

Em resumo, fica mantida a pena do acusado Osvaldo Nicolaia Fortes como fixada na sentença. Quanto à acusada Nilda Soares Mendes, é reduzida a pena-base para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, a qual, majorada em 1/6 (um sexto) resulta na pena definitiva de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa." (fls. 52/53)

Inicialmente, assevere-se que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em sede de *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Na hipótese em apreço, a sentença condenatória, mantida pelo Tribunal de Justiça *a quo*, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta do agente.

Desse modo, tenho que não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, porque a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 criminoso. 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.)

Outrossim, conforme consignado pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais para obter a causa diminuição de pena inserta no § 4.^o do art. 33 da Lei 11.343/2006, por se dedicar à atividade criminoso, tanto que "*existem diversas viagens para o Brasil com o mesmo destino da droga apreendida*" (fl. 52).

Ora, são requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no § 4.º do artigo 3.º da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Na hipótese, inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais.

Ressalte-se não ser possível afastar o entendimento exarado pela instância ordinária, soberana em matéria de prova, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA N.º 231/STJ. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. REINCENTE ESPECÍFICO. TRANSNACIONALIDADE VERIFICADA. PACIENTE DETIDO NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS/SP PRESTES A EMBARCAR PARA A ÁFRICA DO SUL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDOS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA.

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. Na hipótese, a pena-base do delito imputado ao Paciente foi fixada acima do mínimo legal também, porque as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas, no caso concreto, desfavoráveis ao Apenado.

3. "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." (Súmula 231 desta Corte)

4. A incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 em seu grau máximo de redução (2/3), igualmente, não deve ser acolhido, pois o Paciente é reincidente específico.

5. Quanto à transnacionalidade do tráfico, o entendimento firmado neste Superior Tribunal é no sentido de que, para sua caracterização, basta apenas que a operação vise a difusão da droga no exterior, com sua apreensão ainda no aeroporto, antes do efetivo embarque.

6. O Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, quer porque a pena definitiva foi fixada acima de 04 (quatro) anos de reclusão, quer porque reincidente específico no crime de tráfico internacional de entorpecentes.

7. Evidenciado o trânsito em julgado da ação penal, resta prejudicado o pleito de recorrer em liberdade.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada." (HC 123.699/SP, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 22/11/2010.)

Conclui-se, portanto, não haver ilegalidade a ser reparada na espécie. Com efeito, não preenchidos os requisitos legais, não faz jus o condenado à aplicação da causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o acórdão impugnado assim se pronunciou, *in verbis*:

"Tráfico. Substituição. Restritiva de direitos. Inadmissibilidade.

*A Constituição da República relega ao legislador ordinário dispor acerca da individualização da pena: lia lei regulará a individualização da pena" (CR, art. 5º, XLVI). Assim, nada está a impedir que a lei venha a disciplinar mais ou menos severamente determinados delitos, concedendo ou não em relação a eles certos benefícios. No caso do tráfico de entorpecentes, tanto o art. 44, quanto o § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06 proíbem a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. Ao fazê-lo, cumprem o preceito constitucional de regular os critérios para a individualização da pena, de modo que não há neles vício de inconstitucionalidade. Não prospera o argumento segundo o qual a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à inadmissibilidade do cumprimento da pena em regime integralmente fechado implicaria também a inadmissibilidade do impedimento à conversão. São institutos distintos, de modo que não se pode fazer semelhante implicação sem descontos. **Por outro lado, ainda que sobrevenham decisões no sentido de conceder, em virtude da singularidade do caso, a conversão, o certo é que o próprio art. 44 do Código Penal a desaconselha: o inciso 111 desse dispositivo estabelece que as penas privativas de liberdade podem ser substituídas somente se os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Quanto ao tráfico internacional, ainda que a pena privativa de liberdade não seja muito elevada, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ensejaria um certo estímulo à prática delitiva, em descompasso com a política criminal estabelecida não somente pela Lei n. 11.343/06 mas também pelo art. 44 do Código Penal.***

Regime inicial. Tráfico. Semiaberto. Aberto. Inadmissibilidade.

A Lei n. 8.072, de 25.07.90, art. 2º, § 1º, em sua redação original, estabelecia que, no caso do delito ~e tráfico de entorpecentes, deveria ser imposto o regime integralmente fechado. E implícito que o regime inicial é o fechado. A declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, escusado lembrar, incide tão somente quanto ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento integral, não o inicial. Desse modo, válida a norma na parte em que, por implicação, impunha o regime inicial fechado. Com a superveniência da Lei n. 11.464, de 28.03.07, tornou-se possível a progressão, reafirmando-se claramente que a pena deve ser cumprida no regime inicial fechado. Por fim, os critérios do art. 33 do Código Penal para a determinação não são absolutos, pois O § 3º desse dispositivo reporta-se ao art. 59 do mesmo Código. No caso de tráfico de entorpecentes, é intuitivo que, independentemente do quantum da pena privativa de liberdade, o regime inicial fechado é o mais indicado para a reprovação e prevenção do crime.

Regime inicial. Tráfico. Determinação com base na prisão processual. Inadmissibilidade. O regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade é fixado consoante as regras gerais estabelecidas pelo art. 33 do Código Penal, cujos critérios não se subordinam ao tempo em que o acusado já se encontraria recolhido por força de sua prisão processual. Nesse sentido, é descabido fixar o regime inicial considerando o tempo necessário para a progressão de regime (segundo a Lei n. 8.072/90, art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07 a progressão dar-se-á após 2/5 da pena, se primário, e de 3/5, se reincidente). Não se pode confundir o regime inicial com a progressão. Os critérios desta não são os critérios legais para a determinação daquele.

Com base nas premissas acima, mantenho o regime inicial de cumprimento de pena imposto pelo Juízo a quo e a negativa à substituição das penas impostas aos condenados, o que não impede que, cumpridos os requisitos legais, futuro pedido de verificação do tempo de cárcere para a progressão a regime menos gravoso seja apreciado pelo Juízo das Execuções Penais, a quem compete o acompanhamento da execução da pena." (fls. 53/54 - grifei.)

Cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, 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.

Entretanto, fixada a pena-base acima do mínimo legal, cabível o regime prisional fechado, aplicado *in casu*, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA E DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTUM DE AUMENTO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. Em que pese ter sido reconhecida apenas duas circunstâncias tidas como negativas, as peculiaridades do caso em tela indicam que o acréscimo imposto ao acusado não ofendeu os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. É pacífica a orientação deste Tribunal Superior no sentido que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.

5. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível." (HC 157.777/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (Desembargador convocado do TJ/PR), DJe de 09/04/2013.)

E, 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, incisos I e III, 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: 2012/0111117-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 244.186 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1221820104036119 201061190001222

EM MESA

JULGADO: 16/05/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: OSVALDO NICOLAIA FORTES
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: OSVALDO NICOLAIA FORTES (PRESO)
CORRÉU	: NILDA SOARES MENDES

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 convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.