



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.359 - RJ (2012/0097866-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B. GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RENATO GOMES FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 115 GRAMAS DE MACONHA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2 (METADE). CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO APRIORÍSTICA DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 5/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA QUE O CUMPRIMENTO DA PENA SEJA INICIADO EM REGIME PRISIONAL ABERTO, COM CONDIÇÕES A SEREM ESTABELECIDAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES, BEM COMO PARA QUE ESTE JUÍZO, TAMBÉM, AVALIE A CONFIGURAÇÃO, OU NÃO, DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. O art. 42, da Lei n.º 11.343/06, é expresso no sentido de que "*o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto*" (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Drogas de modo adequado.

2. No caso, o Tribunal *a quo* ao escolher o *quantum* do redutor, levou em consideração a quantidade da droga apreendida, atendendo aos fins da reprimenda e de obediência aos princípios da proporcionalidade, da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante do 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.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 27 de junho de 2012, o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

5. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu "*a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS".

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação do Paciente pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso IV, ambos da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, estabelecer o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal, bem como para determinar a esse Juízo que examine a possibilidade de conceder ou não a substituição da pena reclusiva por sanções restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de abril de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.359 - RJ (2012/0097866-2)

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B. GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RENATO GOMES FERREIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de RENATO GOMES FERREIRA – condenado à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso IV, ambos da Lei n.º 11.343/2006 –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na apelação criminal n.º 0000238-72.2011.8.1 9.0052

Busca-se, no presente *writ*, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo (2/3), a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 43/65, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 69/73, opinando pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.359 - RJ (2012/0097866-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 115 GRAMAS DE MACONHA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2 (METADE). CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL *A QUO*. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO APRIORÍSTICA DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 5/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA QUE O CUMPRIMENTO DA PENA SEJA INICIADO EM REGIME PRISIONAL ABERTO, COM CONDIÇÕES A SEREM ESTABELECIDAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES, BEM COMO PARA QUE ESTE JUÍZO, TAMBÉM, AVALIE A CONFIGURAÇÃO, OU NÃO, DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. O art. 42, da Lei n.º 11.343/06, é expresso no sentido de que "*o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto*" (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Drogas de modo adequado.

2. No caso, o Tribunal *a quo* ao escolher o *quantum* do redutor, levou em consideração a quantidade da droga apreendida, atendendo aos fins da reprimenda e de obediência aos princípios da proporcionalidade, da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante do 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.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 27 de junho de 2012, o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

5. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu "*a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS".

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação do Paciente pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso IV, ambos da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, estabelecer o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal, bem como para determinar a esse Juízo que examine a possibilidade de conceder ou não a substituição da pena reclusiva por sanções restritivas de direitos.

VOTO

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

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, porque, no dia 30/12/2010, foi preso em flagrante delito, com 115g (cento e quinze) gramas de maconha, acondicionadas em 105 (cento e cinco) embalagens plásticas, destinadas à comercialização ilícita.

Pretende-se, no *writ*, em suma, que incida sobre a condenação do Paciente a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33, da Lei Anti-tóxicos, em seu patamar máximo, bem como seja fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Juízo Processante aplicou a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...]

Aplicável na espécie, a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da lei 11.343/06, posto que, trata-se de agente primário e de bons antecedentes, consoante folha de antecedentes penais não havendo menção de participação em organização criminosa ou outras atividades criminosas.

Destarte, levando-se em conta a quantidade de droga apreendida (115g de maconha acondicionada em 105 papelotes), não faz jus à redução máxima, mostrando-se razoável à fixação em 1/2, conforme o precedente fixado no STJ pelo HC 144389/MG 2009/0155526-2" (fls. 29/30).

Por sua vez, o acórdão recorrido manteve a referida causa de diminuição à razão de 1/2 (metade), sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"[...]

Ao contrário do alegado pela defesa, o Magistrado de piso fundamentou a aplicação do percentual de 1/2 na redução da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

intermediária pela causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, após admitir que a primariedade do apelante e a condição de não integrar organização criminosa permitiam sua aplicação (fls. 133).

Como bem se sabe, e segundo o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial, na definição do quantitativo de redução (entre 1/6 e 2/3), deve o juiz utilizar os critérios dispostos no artigo 42 da Nova Lei Antidrogas, como, aqui, se fez, não havendo razão para a redução máxima.

Frise-se, ainda, que a natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida – 115,0g (cento e quinze gramas) de maconha, acondicionada em 105 (cento e cinco) invólucros plásticos transparentes, até, indicaria uma menor redução.

Ademais, pode-se asseverar que o Magistrado de piso, ao decidir sobre a aplicação do redutor, observou a exigência prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal, ainda que sucintamente [...] (fls. 19/20).

Com efeito, o art. 42 é expresso no sentido de que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, **a natureza e a quantidade da substância ou do produto**" (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da nova Lei de Drogas de modo adequado.

No caso, o Tribunal *a quo* ao escolher o *quantum* do redutor, levou em consideração a quantidade da droga apreendida, atendendo aos fins da reprimenda e de obediência aos princípios da proporcionalidade, da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados desta Corte, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. 1/2 (METADE) CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto, bem como a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas com o paciente - 50 microselos de LSD.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Ordem denegada.*" (HC 223.999/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 08/05/2012.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO (METADE). QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. 2. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA COMO CIRCUNSTÂNCIA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA REDUZIR A PENA NA FRAÇÃO MÍNIMA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA 3. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 4. ORDEM DENEGADA.

1. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade de droga apreendida autoriza a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

2. De acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, não há se falar em ocorrência de bis in idem em razão de ser considerada a quantidade de droga apreendida tanto para exasperar a pena-base do paciente, como para não incidir a fração máxima do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006.

3. De acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Drogas, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 anos, levando em consideração a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente (172,5 gramas de maconha e 65,6 gramas de cocaína), circunstância inclusive utilizada para impedir a redução máxima na aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, mostra-se adequado o regime prisional mais rigoroso.

4. Habeas corpus denegado." (HC 232.686/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 29/06/2012.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RAZÓAVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME INTERMEDIÁRIO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A redução da causa de diminuição em 1/2 (metade) se justifica em razão da quantidade e da natureza de droga apreendida (50g de crack).

2.[...]." (STJ, HC 196.514/ES, 6.ª Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES – Des. convocado do TJ/CE –, DJe de 15/06/2011.)

Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

Prosseguindo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

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

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

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. "" (grifei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*:

"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 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, conforme a hipótese.

E, na espécie, incidem as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime 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. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.

1. Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semi-aberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Incidência da Súmula nº 719 do STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*

3. *Ordem concedida.*

4. *Extensão da ordem, de ofício, ao co-réu.*" (HC 83.613/SP, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 30/04/2004.)

Assim, tendo em vista tratar-se de Condenado à sanção definitiva de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, primário, de bons antecedentes, que teve a pena-base fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, com aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, faz jus ao regime inicial aberto.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade, 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.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 de 16/12/2010.)

Este Superior Tribunal de Justiça, então, passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, 6.^a 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 Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

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

Por isso, decidiu esta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 2,26 G (DOIS GRAMAS E VINTE E SEIS CENTIGRAMAS) DE CRACK. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INDEVIDA CONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL COMO DESFAVORÁVEIS. READEQUAÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, APLICADA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. ÉDITO REFORMADO PELA CORTE A QUO NO PONTO, COM BASE NO RECONHECIMENTO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO ERRÔNEA, EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Os fatos de o Condenado ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base, sob a justificativa de exacerbação da culpabilidade.

2. Não pode a pena-base ser majorada com base em referências vagas, genéricas, carentes de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como o fizeram as instâncias ordinárias quanto à motivação do delito.

3. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Por tal razão fora editada a Súmula n.º 444/STJ, na qual se sedimentou o entendimento de que "[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

4. As consabidas e ordinárias consequências que o tráfico - a despeito de indesejadas - gera no meio social, de igual maneira, não podem ensejar a valoração negativa na primeira fase da dosimetria da pena, sem fundamentação objetiva. Vide STJ, HC 193.944/GO, 6.ª Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES - Des. Convocado do TJ/CE -, DJe de 25/04/2011; STJ, HC 175.747/BA, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 13/12/2010, v. g.).

5. Desse modo, em razão de as instâncias ordinárias terem-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

limitado a ressaltar aspectos próprios do tipo penal referente ao tráfico de drogas, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, afastado-se as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como desfavoráveis.

6. Faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, o Condenado primário, de bons antecedentes e que não se dedica a atividades delituosas ou integra organizações criminosas. No caso, explicita-se que, afastada a valoração errônea referente aos maus antecedentes do Paciente - único óbice apontado pela Corte a quo no ponto -, é de rigor a aplicação da referida minorante.

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 27 de junho de 2012, o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

8. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu "a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS".

9. Ordem de habeas corpus concedida para, mantida a condenação do Paciente pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, reduzir a reprimenda para 1 ano e 8 meses de reclusão no regime prisional inicial aberto, com condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções, ficando a cargo deste juízo o exame do preenchimento por parte do Paciente dos requisitos necessários para substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos." (HC 190347/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013.)

Desse modo, deve ser avaliada, pelo Juízo das Execuções, a possibilidade de o Paciente ter a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação do Paciente pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso IV, ambos da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, estabelecer o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal, bem como para determinar a este Juízo que examine a possibilidade de conceder ou não a substituição da pena reclusiva por sanções restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0097866-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 242.359 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2387220118190052 242359

EM MESA

JULGADO: 18/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B. GOMES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : RENATO GOMES 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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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