



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.210 - RJ (2013/0143205-4)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WILSON RICARDO DE OLIVEIRA GOMES

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. 3. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO AFASTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGALIDADE CONSTATADA. 4. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. 5. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, 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. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A redação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não deixa dúvidas quanto à necessidade do preenchimento de quatro requisitos, cumulativos, para a aplicação da causa de diminuição, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividade criminosa e/ou a organizações criminosas. No caso dos autos, o Tribunal impetrado afastou o único impedimento consignado na sentença – de que o acusado exercia habitualmente o tráfico. Todavia, aplicou a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 na razão mínima de 1/6 (um sexto) sem apresentar qualquer motivação. Desse modo, se o paciente preenche todos os requisitos legais para a obtenção do benefício e, ainda, se a quantidade de droga não foi considerada relevante pelas instâncias ordinárias, qual seja, 25g de cocaína, é legítima a aplicação da causa especial de diminuição da reprimenda na fração máxima.

3. Existe constrangimento ilegal, a ser reparado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, quando o regime fechado de cumprimento de pena é fixado com base apenas no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e no art. 44 do mesmo diploma normativo, que impossibilitava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A disposição declarada inconstitucional foi objeto, ainda, da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, que suspendeu sua execução. Assim, para que se aplique o benefício da substituição, o magistrado deve identificar o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, invocando ainda o art. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como determinar que o Tribunal de origem reavalie, à luz do novo entendimento, o regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente e o benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva 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, não conhecer do pedido e conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de março de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.210 - RJ (2013/0143205-4)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Wilson Ricardo de Oliveira Gomes, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, pela prática da conduta descrita no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, porque "[...] no dia 27/06/2012, por volta das 14:45 horas, no interior da Estação Ferroviária situada na Avenida Bartolomeu de Gusmão, São Cristóvão, nesta cidade, o acusado estaria trazendo consigo, pra fins de mercancia, 25 g de cocaína, distribuídos em 38 'sacolés'" (fl. 28).

As partes recorreram da sentença. O Ministério Público pediu o reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. A defesa, por sua vez, pugnou pela absolvição, em razão da fragilidade das provas, subsidiariamente, pleiteou a aplicação da fração máxima da causa especial de diminuição, prevista no § 4º do art. 33 da mesma lei e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Tribunal estadual negou provimento ao recurso da acusação e deu parcial provimento ao apelo da defesa para, alterando a fração de diminuição da pena, fixar a reprimenda em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, recebendo o acórdão a seguinte ementa (fl. 12):

Apelação criminal. Infringência do art.33 c/c art.40, III, da Lei nº 11.343/06. Prisão em flagrante com 38 sacolés de cocaína em estação ferroviária. Condenação nas penas do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Apelos, do Parquet e da defesa. Prova da autoria, da culpabilidade e da materialidade. Depoimentos coerentes e seguros dos agentes da lei, que realizaram a prisão. Incidência da Súmula nº 70 do TJRJ. Desclassificação para conduta do art.28 da Lei de Drogas. Impossibilidade. Circunstâncias da prisão que evidenciam que a droga era para fins de tráfico. Causa de diminuição do art.33, §4º, da mesma lei. Aplicabilidade. Preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos. Redução na fração mínima de 1/6. Circunstância do art.40,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III, da Lei 11.343/06 não configurada. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Impossibilidade. Regime de cumprimento inicial da pena é o fechado. Art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90. Recurso do Parquet desprovido e parcial provimento do recurso defensivo, apenas quanto à causa de diminuição de pena.

A impetrante alega, na presente oportunidade, que o acórdão impugnado não apresentou fundamentação que justificasse a aplicação da fração de redução da pena na razão mínima de 1/6 (um sexto). Em suas palavras, sendo o paciente primário e de bons antecedentes, e à míngua de qualquer prova de que estivesse envolvido com o tráfico, seria cabível, a redução da pena na fração máxima de 2/3 (dois terço).

Sustenta, ainda, que o paciente teve a pena-base fixada no piso legal porque todas as circunstâncias judiciais lhe favoreceram. Assim, diante da quantidade de pena estabelecida, faz jus ao regime inicial intermediário, consoante dispõe o art. 33, § 2º, **b** e § 3º do Código Penal, bem como ao benefício de substituição da pena.

Diante disso, pede, liminarmente, a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. No mérito, a confirmação da medida liminar e a aplicação da causa especial de diminuição da pena na fração máxima de 2/3 (dois terços).

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 45/47.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do **habeas corpus** (fls. 55/59).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.210 - RJ (2013/0143205-4)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e **Habeas Corpus** n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício –, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Inicialmente, a Defensoria Pública busca a readequação da pena pela aplicação da fração máxima de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Com efeito, a redação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não deixa dúvidas quanto à necessidade do preenchimento de quatro requisitos, cumulativos, para a aplicação da causa de diminuição, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividade criminosa e a organizações criminosas.

Nesse sentido, a título de exemplo, destaco o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS NÃO APLICADA NA RAZÃO MÁXIMA. REDUÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. [...].

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 empregado tanto para a fixação da pena-base quanto para a aplicação, ou não, da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Drogas de modo adequado.

2. São fatores para que o traficante faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente e à luz, ainda, do art. 42, da mesma Lei.

[...].

(HC n. 225.801/SP, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe 19/11/2013)

No presente caso, a sentença condenatória já havia reconhecido a primariedade do réu e fixou a pena-base no piso legal. Contudo, deixou de aplicar a causa especial de redução da pena por entender "que o acusado exercia habitualmente o tráfico de drogas", ficando a pena estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa (fl. 36).

O Tribunal impetrado, no julgamento do recurso defensivo, reconheceu que o paciente faz jus ao benefício, no entanto, reduziu a reprimenda em apenas um 1/6 (um sexto), consoante consta do seguinte trecho do acórdão impugnado (fls. 19/20):

Outrossim, com todas as vênias ao juiz singular, inexiste nos autos a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínima prova que o acusado seja um traficante habitual ou que integre organização criminosa. Assim, sendo o réu primário e de bons antecedentes, tanto que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, nada há que impeça o reconhecimento do tráfico minorado previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, que aplico na fração de 1/6.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante o somatório final e o previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal, e o regime inicial de cumprimento da pena será inicialmente fechado.

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso do Ministério Público e dá-se parcial provimento ao defensivo para, aplicando a causa de diminuição de pena do § 4º, do art.33, da Lei nº 11343/06, fixar a pena final em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesesseis) DM, esta no mínimo legal previsto no art. 43, da Lei, mantida, no mais, a sentença.

Com efeito, a escolha da fração redutora de pena fica a cargo e critério do julgador, que deverá fundamentar sua decisão, sob pena de se conferir ao réu o direito de ver a pena diminuída no grau máximo. No entanto, a ausência de fundamentação equivale à inexistência de motivos para impedir que o réu faça jus ao benefício, em toda a sua extensão.

Nesse sentido, a título de exemplo:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do **habeas corpus**, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Em regra é vedada a revisão da dosimetria em **habeas corpus**, somente cabível quando há flagrante ilegalidade, como na hipótese, em que aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, sem qualquer fundamentação, mas, pura e simplesmente, com definição do percentual de 1/6. A existência de uma graduação (de 1/6 a 2/3) reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto. Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas em 1/6, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3 (dois terços), sendo imperioso o redimensionamento da pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

3. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na razão de 2/3 (dois terços), e fixar a reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, possibilitando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC n. 238.996/SP, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 28/11/2013)

B - AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DO REDUTOR DE PENA NO PATAMAR DE METADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte Superior de Justiça já decidiu que, para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em patamar inferior ao máximo previsto, de dois terços, imprescindível a adequada fundamentação, a teor do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

2. O cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação do condenado. No caso, o paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenado a dois anos e seis meses de reclusão, assim, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, do Código Penal, deve ser o semiaberto.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC nº 119.230/SP, Relator o Desembargador Convocado **Celso Limongi**, DJe de 4/4/2011)

No caso dos autos, constata-se, pela leitura do acórdão recorrido, que embora o Tribunal de origem tenha afastado o único impedimento consignado na sentença – de que o acusado exercia habitualmente o tráfico – aplicou a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 na razão mínima de 1/6 (um sexto).

Efetivamente, o paciente preenche todos os requisitos legais para a obtenção do benefício, pois é primário, ostenta bons antecedentes e não se dedica a atividades criminosas nem integra organizações criminosas, sendo legítimo pleitear a aplicação da causa especial de diminuição da reprimenda na fração máxima.

Portanto, mesmo diante da quantidade de droga apreendida – 25g de cocaína – a qual, ressalte-se, não foi considerada pelas instâncias ordinárias no procedimento de individualização da pena, mantenho a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, valores que permanecem inalterados na segunda fase da dosimetria. Na terceira fase, pela aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, reduzo a pena na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão de 2/3 (dois terço), fixando a reprimenda em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pena que torno definitiva.

A impetrante sustenta, ainda, que o paciente faz jus ao regime inicial intermediário, consoante dispõe o art. 33, § 2º, **b** e § 3º do Código Penal.

No caso, o Juiz sentenciante fixou o regime inicial fechado pelos seguintes motivos (fl. 36):

O regime de cumprimento da pena será o fechado, porquanto o delito é hediondo, sendo certo que o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal justifica tratamento mais rigoroso para os delitos regulados por esse diploma legal. Assim, conjugando-se os dispositivos constitucionais e as demais normas restantes da Lei n. 8.072/90, fica clara a impossibilidade da concessão de outro tipo de regime para o crime cometido, na forma da Lei n. 11.464/2007, que alterou o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.

O Tribunal impetrado, por sua vez, ateve-se apenas em dizer que "o regime de cumprimento da pena será o inicialmente fechado" (fl. 20).

Sobre esse tema, cumpre ressaltar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 27 de junho de 2012, ao julgar o **Habeas Corpus** n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Confira-se, a propósito, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

Nesse julgamento, lembrou o Relator, Ministro Dias Toffoli, que, "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 fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que 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".

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço.

No presente caso, o regime mais rigoroso foi fixado com base apenas na vedação imposta na Lei n. 8.072/1990. Assim, à luz do novo entendimento sobre a matéria, o pleito de modificação do regime inicial de cumprimento da pena deve ser revisto, estando configurado, neste ponto, o constrangimento ilegal.

Sobre o pedido de substituição da pena, cumpre destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256, declarou incidentalmente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade do disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e no art. 44 do mesmo diploma normativo, que impossibilitava a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. A disposição declarada inconstitucional foi objeto, ainda, da Resolução nº 5/2012 do Senado Federal, que suspendeu sua execução.

Assim, para que se aplique o benefício da substituição, o magistrado deve identificar o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, invocando ainda o art. 59 do Código Penal e 42 da Lei n.º 11.343/06.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. Contudo, concedo a ordem de ofício, para fixar a reprimenda definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como determinar que o Tribunal de origem reavalie, à luz do novo entendimento, o regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente e o benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0143205-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 270.210 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02423865420128190001 2423865420128190001

EM MESA

JULGADO: 18/03/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: WILSON RICARDO DE OLIVEIRA GOMES

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.