



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.534 - MS (2011/0007799-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUIZ HENRIQUE VIEIRA LEITE
ADVOGADO : IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUIZ HENRIQUE VIEIRA LEITE

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA EM RAZÃO DA VEDAÇÃO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. 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 recurso especial.

2. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico. Precedentes.

3. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser sanada. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. *In casu*, a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseou-se, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 15 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.534 - MS (2011/0007799-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUIZ HENRIQUE VIEIRA LEITE
ADVOGADO : IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUIZ HENRIQUE VIEIRA LEITE

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIZ HENRIQUE VIEIRA LEITE, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Apelação Criminal n.º 2010.031862-3/0000-00).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 (um) ano 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, nos seguintes termos:

Sobre a hediondez do crime de tráfico saliento que o art. 5º da Constituição Federal prescreve no inciso XLIII que "... a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem...".

Pois bem. A Lei de Drogas obedeceu a lógica do mandamento constitucional ao estipular no artigo 44, que os crimes previstos nos arts. 33, "caput" e § 1º, e 34 a 37, são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos, elegendo tais delitos como equiparados aos hediondos, na forma do artigo 2º da Lei n. 8.072/90. Isto pela natureza repugnante em decorrência das conseqüências extremamente gravosas que o tráfico de drogas produz na comunidade.

Nesse sentido, o doutrinador Guilherme de Souza NUCCI (Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: RT, 2009, p. 361), leciona que "... O FATO DE HAVER SIDO PREVISTA UMA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PARA O TRAFICANTE PRIMÁRIO. DE BONS ANTECEDENTES, SEM OUTRAS LIBAÇÕES CRIMINOSAS. NÃO AFASTA A TIPIFICAÇÃO DA SUA CONDUTA COMO INCURSA NO ART. 33 CAPUT E § 1º. QUE SÃO CONSIDERADAS SIMILARES A INFRAÇÕES PENAIIS HEDIONDAS COMO SE PODE OBSERVAR PELAS PROIBIÇÕES ENUMERADAS NO ART. 44 DA LEI 11.343/06...".

Dessa forma, a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não exclui a hediondez do crime de tráfico de drogas, tratando-se de mera causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena, devendo ser mantido o regime inicialmente fechado, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei n. 8072/90.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso (fl. 27).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante sustenta "a índole não hedionda do tráfico privilegiado e sua consequente compatibilidade com o regime prisional não fechado" (fl. 3).

Sustenta, em síntese, que, aplicada a causa especial de diminuição de pena, restou afastada a hediondez do delito, razão pela qual seria possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação do regime inicial aberto.

Requer, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime inicial aberto e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida à fl. 32.

Foram prestadas informações às fls. 36/45 e 59/78.

Em 12.6.2013, o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS prestou informações esclarecendo que "(...) com o trânsito em julgado, expediu-se mandado de prisão em desfavor do paciente aos órgãos de captura, não havendo notícias de seu cumprimento até a presente data, encontrando-se o feito arquivado desde a data de 29/07/2011" (fl. 60).

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Brasilino Pereira dos Santos, pela "concessão parcial da ordem, para que seja afastado o óbice quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e quanto à possibilidade de fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena, deixando ao Juízo da Vara de Execuções Criminais a análise acerca do preenchimento dos requisitos pertinentes" (fl. 53).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.534 - MS (2011/0007799-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA EM RAZÃO DA VEDAÇÃO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. 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 recurso especial.

2. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico. Precedentes.

3. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser sanada. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. *In casu*, a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseou-se, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Com vistas à análise da primeira questão trazida neste remédio heróico, cumpre relembrar o que preconiza o artigo 33, *caput* e § 1º da Lei n.º 11.343/06, *verbis*:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

A redação do § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 permite que, aos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas possam ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Consoante exposto alhures, opondo-se ao acórdão local, o impetrante sustenta que a aplicação da causa especial de diminuição de pena afastaria o caráter hediondo do crime de tráfico. Todavia, em meu sentir, a aplicação do referido § 4º não é bastante para retirar o caráter hediondo do delito de tráfico. No pormenor, importante sublinhar que, ao contrário do privilégio e das qualificadoras – que, como se sabe, constituem tipo penal autônomo – as causas de aumento ou de diminuição apenas estabelecem frações para a modificação dos parâmetros da pena.

Nesse diapasão, Guilherme de Souza Nucci esclarece que "a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, *caput*, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º." (*In*: Leis penais e processuais penais comentadas. 3ª edição. Revista dos Tribunais: 2008, p. 320).

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE.

1. Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, o pensamento legislativo se direcionou para aqueles crimes mais aviltantes e com expressiva lesividade.

2. A nova Lei de Tóxicos previu, em seu art. 33, § 4º, a possibilidade de se impor diminuição na pena fixada para o tráfico de drogas, quando o agente ou traficante for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Tal circunstância, contudo, não retirou do delito o seu caráter hediondo.

3. Ordem denegada".

(HC 200.513/MS, Relator Ministra Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 18.05.2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ. ORDEM DENEGADA.

I. O tráfico de drogas, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), é considerado figura típica equiparada aos crimes hediondos definidos em lei, sujeitando-se, por consequência, ao tratamento dispensado a tais delitos, sendo que a Lei n.º 8.072/90 não fez qualquer ressalva em sentido contrário.

II. A incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime. Precedentes.

III. A redução da pena, em razão do reconhecimento da causa especial de diminuição, não implica desconsiderar as razões que levaram o legislador constituinte a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.

IV. Ordem denegada".

(165.332/MS, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe de 22.11.2010)

Malgrado o posicionamento supra, convém esclarecer que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

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

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*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." (HC nº 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na hipótese vertente, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito. Do mesmo modo, a substituição da pena foi negada, tão somente com base na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, tais questões foram superadas pela Suprema Corte, de modo que não configuram fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haja vista que, para estabelecer o regime prisional e verificar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, e 44 e incisos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Verifica-se que a condenação do paciente transitou em julgado. Assim, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, e incisos, do Código Penal.

Ante do exposto, **não conheço do writ. Concedo a ordem, de ofício**, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0007799-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 194534 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100318623 2070059804

EM MESA

JULGADO: 15/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ HENRIQUE VIEIRA LEITE

ADVOGADO : IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : LUIZ HENRIQUE VIEIRA LEITE

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.