



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 268.673 - RJ (2013/0109355-5)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**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** : LUIZ HENRIQUE DE SOUZA (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. Paciente condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa. Isto porque trazia consigo 16 papелotes de cocaína, além de manter em depósito 55 invólucros do referido entorpecente, totalizando 55g (cinquenta e cinco gramas) de droga apreendida.

2. 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, embora o Paciente seja primário e possuidor de bons antecedentes, a quantidade e natureza do entorpecente apreendido, bem como a maneira como estava acondicionado, justificam a não aplicação do redutor.

3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, *"A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas."* (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Desse modo, independentemente da hediondez 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.

6. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, dada a ausência de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais favoráveis, não é possível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

7. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade do Paciente.

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

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

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 268.673 - RJ (2013/0109355-5)**

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 : LUIZ HENRIQUE DE SOUZA (PRESO)

### RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIZ HENRIQUE DE SOUZA, contra acórdão proferido, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fls. 64/65):

"EMENTA - CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - CONDENAÇÃO A 03 ANOS E 04 MESES DE RECLUSÃO - REGIME FECHADO - RECURSO DEFENSIVO - PRETENDE A DEFESA A ABSOLVIÇÃO OU A REDUÇÃO DA PENA EM GRAU MÁXIMO, SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - PROVA INDUVIDOSA DA AUTORIA - DEPOIMENTOS FIRMES E COESOS DOS POLICIAIS - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - MAIOR LESIVIDADE OU DANOSIDADE SOCIAL DO CRIME HEDIONDO TORNA INCOMPATÍVEL A POLÍTICA DESCENTRALIZADOPRA DAS PENAS ALTERNATIVAS, QUE PRESSUPÕES TAMBÉM A MENOR DANOSIDADE DAS INFRAÇÕES QUE PRETENDEU ABRANGER - OS BENEFÍCIOS, DE NATUREZA GERAL, CONTIDOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO SE AFIGURAM COMPATÍVEIS COM AS REGRAS ESPECIAIS DAS LEIS 8.072/90 E 11.343/06 - TRATAMENTO MAIS SEVERO PRECONIZADO PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - O FATO DE NÃO SER MAIS VEDADA A SUBSTITUIÇÃO NÃO SIGNIFICA QUE A REGRA AGORA SEJA A SUBSTITUIÇÃO - RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL QUE NÃO ABRANGE A EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 44 DA LEI 11.343/06 - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL - REGIME FECHADO - CRIME HEDIONDO - LEI 8.072/90 - DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO - APELO MINISTERIAL VISANDO A NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA - A APLICAÇÃO DA REGRA DO § 4º, DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/03 DIZ RESPEITO TÃO SOMENTE À DIMINUIÇÃO DE PENA E NÃO A NATUREZA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, QUE PERMANECE SENDO EQUIPARADO A HEDIONDO - CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO QUE AUTORIZAM CONCLUIR QUE O ACUSADO PARTICIPA DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA QUE DOMINA O LOCAL - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO."

Narram os autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, como



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 33, § 4.º, ambos da Lei n.º 11.343/06, às penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa. Isto porque trazia consigo 6,2g (seis gramas e dois decigramas) de cocaína, acondicionados em 37 invólucros, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, para fins de traficância.

Diante disso, tanto a Defesa quanto o Ministério Público Estadual interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal local, sendo que o apelo defensivo foi desprovido e o ministerial foi parcialmente provido, para afastar a incidência do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fixando a pena em 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa.

Requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura, "*para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do presente habeas corpus ou em estabelecimento adequado ao regime aberto.*" (fl. 25). No mérito, pugna pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 em seu patamar máximo, com fixação do regime inicial aberto e concessão da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Indeferi a liminar à fl. 74.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as judiciosas informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 82/86, opinando pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 268.673 - RJ (2013/0109355-5)**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa. Isto porque trazia consigo 16 papелotes de cocaína, além de manter em depósito 55 invólucros do referido entorpecente, totalizando 55g (cinquenta e cinco gramas) de droga apreendida.

2. 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, embora o Paciente seja primário e possuidor de bons antecedentes, a quantidade e natureza do entorpecente apreendido, bem como a maneira como estava acondicionado, justificam a não aplicação do redutor.

3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, *"A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas."* (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Desse modo, independentemente da hediondez 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.

6. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais favoráveis, não é possível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

7. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade do Paciente.

### VOTO

#### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):**

Na presente impetração, busca-se, em síntese, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo; a fixação do regime inicial semiaberto; e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Narram os autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 33, § 4.º, ambos da Lei n.º 11.343/06, às penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa. Isto porque trazia consigo 6,2g (seis gramas e dois decigramas) de cocaína, acondicionados em 37 invólucros, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, para fins de traficância.

Diante disso, tanto a Defesa quanto o Ministério Público Estadual interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal local, sendo que o apelo defensivo foi desprovido e o ministerial foi parcialmente provido, nos seguintes termos:

*"O crime de tráfico de drogas é equiparado a hediondo, conforme prevê o art. 2º., da Lei 8.072/90.*

*E o § 1º., do art.2º., da Lei 8.072/90 determina que a pena por crime hediondo ou a ele equiparado, deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, independentemente do quantum da pena aplicado.*

*Portanto, o regime inicial fechado é imposição legal determinada pelo legislador em sede de política criminal e em observância a Constituição Federal.*

*De se dizer ainda, que o § 1º., do art. 2º., da Lei 8.072/90, ao estabelecer a obrigatoriedade do regime fechado para os crimes hediondos e a estes equiparados, regulou determinada situação fática de maneira especial frente àquela abrangida pelo Código Penal, sendo certo que, por força do princípio da especialidade, deve ser aplicada a Lei 8.072/90.*

*É o próprio Código Penal, em seu art. 12, que dispõe que as regras gerais do referido diploma legal somente se aplicam aos fatos incriminados por lei especial quando esta não dispuser de modo diverso, e a Lei dos Crimes Hediondos, evidentemente, trata os crimes por ela relacionados de forma diversa daquela inserida no Código Penal.*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Quanto ao recurso ministerial, merece provimento.*

*O douto sentenciante, apesar de afirmar que "é possível, em verdade, que haja tal vínculo (com atividades criminosas ou à organização criminosa) porque o réu foi surpreendido em local apontado como de venda de drogas, com quantidade considerável de entorpecente, o que indica, a princípio, o seu vínculo com os traficantes locais", aplicou a causa de diminuição de pena.*

*Ocorre que a quantidade de entorpecente, a cor do sacolé e o local da prisão revelam, sim, o envolvimento do réu com o tráfico da localidade.*

*É publico e notório que a Cidade de Deus é área de intensa traficância, sendo local cuja venda de drogas é monopolizada pelo "Comando Vermelho".*

*Também é publico e notório que em locais sabidamente dominados por facção criminosa, existe um sistema organizado de atuação, dividido em diversas funções, como os "olheiros", os encarregados de vender a droga e os que se armam para defender o comércio ilegal.*

*Portanto não se pode cogitar da existência de "traficantes autônomos" na região, fazendo "concorrência" aos traficantes organizados.*

*Ou está integrado ou é sumariamente executado.*

*Assim, não se trata de mera presunção, como entendeu o sentenciante, mas sim de fato notório, que qualquer pessoa normal que vive em nossa sociedade sabe.*

*Por tais motivos, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO E DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL PARA AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, FICANDO O RÉU CONDENADO A 05 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 500 DIAS-MULTA." (fls. 30/31; grifos nossos)*

Inicialmente, cumpre anotar que nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso em apreço, conforme se constata das transcrições realizadas, verifica-se que o benefício foi negado ao Paciente mediante fundamentação idônea, restando justificada a não incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Ressalte-se, ademais, não ser possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à integração do Paciente à organização criminosa, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é cabível na via estreita do writ.

Neste mesmo diapasão:

**"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

**1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.**

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

**3. A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.**

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada." (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifo no original.)

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.

**2. Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.**

**3. A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.**

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar,





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver.*" (HC 90.350/SP, 6.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 14/04/2008; sem grifo no original.)

De outro lado, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre ressaltar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondo ou equiparado." (sem grifos no original)

Sendo assim, 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.

Portanto, fixada a pena-base no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis, para condenado reconhecidamente primário e de bons antecedentes, a decisão que impôs o regime inicial fechado de cumprimento de pena há de ser reformada para adequar a individualização da sanção criminal ao disposto no Código Penal.

Verifica-se, pois, que o regime apropriado, no caso do Paciente, é o **semiaberto**, conforme ditame do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal, segundo o qual "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto."

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE TERMINAL RODOVIÁRIO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO ART. 40, III DA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. "A causa especial de aumento do art. 40, III da mesma Lei somente tem aplicação quando o tráfico ocorra em uma das situações específicas previstas, não admitindo analogia, pois trata-se de norma penal incriminadora, informada pela legalidade estrita." (HC 135.889/MG, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 04/04/2011).

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Desse modo, independentemente da hediondez 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.

4. Fixada a pena-base de um dos Pacientes no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

5. Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar as penas de GABRIEL BENSON em 5 anos de reclusão,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*no regime semiaberto, e 500 dias-multa, no mínimo legal, e de RICARDO PEREIRA BRANCO em 6 anos de reclusão, no regime fechado, e 600 dias-multa, no mínimo legal."* (HC 240.896/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 15/08/2012.)

Por fim, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

É o como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0109355-5

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 268.673 / RJ**

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00494023820118190203 494023820118190203 50672011

EM MESA

JULGADO: 15/08/2013

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : LUIZ HENRIQUE DE SOUZA (PRESO)

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.