



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.873 - RJ (2012/0199004-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALDO DA SILVA CARVALHO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE FAZIA DA NARCOTRAFICÂNCIA SEU MEIO DE VIDA. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM CONCEDIDA, 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. O juízo de primeiro grau negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena por entender que o paciente fazia da narcotraficância seu meio de vida. O Colegiado estadual, por sua vez, afastou o benefício em razão da natureza, quantidade e variedade das drogas apreendidas, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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, a personalidade e a conduta social do agente".
3. 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. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
5. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão guerreado, no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, a fim de que outro seja proferido, à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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 Senhora 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.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 21 de maio de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.873 - RJ (2012/0199004-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALDO DA SILVA CARVALHO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de ALDO DA SILVA CARVALHO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n.º 0001049-65.2011.8.19.0041).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

Deixo de reconhecer a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em razão dos elementos coligidos nos autos que, de forma contundente, asseguram não se tratar o réu de traficante ocasional, posto que sua participação no comércio ilícito se dava de forma efetiva, havendo elementos indicativos de que sua vinda para esta cidade teve como fator preponderante o comércio de "drogas", aproveitando-se do intenso fluxo de turistas, além dos informes de que estaria associado a indivíduos envolvidos no tráfico de "drogas" na localidade da Ilha das Cobras. Assevere-se, mais uma vez, que o réu não exerce atividade laborativa lícita, circunstância indicativa de que "vivia", do comércio de entorpecentes.

Nesta parte, faço consignar .que este Magistrado partilhando entendimento de que o legislador quis diferenciar na hora da apenação o traficante profissional daquele episódico, acidental, ou seja, aquele que não faz do tráfico seu meio de vida, este sim, beneficiado com o redutor mencionado.

Todavia, na hipótese dos autos, repita-se, estão ausentes os requisitos legais, não se adaptando o acusado àquela condição de traficante virgem, de primeira viagem, ocasional, episódico, necessária para a incidência da causa de redução.

Fixo, pois, em definitivo as penas impostas ao réu em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, por dia.

O regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao réu será o fechado, por entender este julgador seja esse o regime necessário e suficiente como reprovação ao ilícito por ele praticado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levando-se em conta sua conduta social é sua personalidade.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direito, por não estarem presentes os requisitos de ordem objetiva e subjetiva, uma vez que a pena aplicada supera o limite de quatro anos, e ainda por se afigurar incompatível com o tratamento legal rígido aplicado aos crimes hediondos e aos equiparados (fls. 53/54).

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

No atinente a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, igualmente não poderá – e não será – concedida.

A aludida causa de diminuição restou vedada no caso em exame em razão de suas particularidades, a saber, as circunstâncias fáticas do delito, a natureza, a quantidade e variedade da droga e a culpabilidade do agente efetivamente impedem a concessão pleiteada.

Igualmente impossível o atendimento do pedido de substituição da pena reclusiva por restritiva de direito, em face do *quantum* de pena ora mantido. Vedação prevista no artigo 44, I, do Código Penal.

Por fim, descabida a fixação do regime aberto.

Mantido o regime inicialmente fechado, com base no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, pois tal dispositivo goza de presunção de constitucionalidade. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (fls. 86/87).

Interposto recurso especial, foi inadmitido na origem.

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta a impetrante que "o fato de terem sido apreendidas dois tipos de drogas (maconha e cocaína) não é circunstância que inibir a concessão da causa especial de diminuição, especialmente se considerada a quantidade de droga apreendida (6,0 g e 13,9 g)" (fl. 5).

Argumenta que "não existem nos autos nenhuma prova de que o paciente se dedique a atividade criminosa, ao contrário, sua folha de antecedentes criminais prova que ele é primário de bons antecedentes, nem existem provas de que ele integre organização criminosa" (fl. 5).

Afirma que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antidrogas.

Aduz que "a Lei 11.464/07, ao impor o regime inicialmente fechado para os crimes hediondos, ofende o princípio da individualização da pena, assim como o fazia a anterior redação da Lei 8.072/90 ao prever o regime integralmente fechado" (fl. 12).

Colaciona precedentes em abono à sua tese.

Requer "seja concedida a ordem, para, desconstituindo-se nos pontos aqui questionados o v. acórdão, aplicar a redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, e também alterar o regime prisional para o aberto" (fl.14).

Foram prestadas informações às fls. 95/122.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Wagner de Castro Mathias Netto, pela denegação da ordem (fls. 125/131).

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizada em 20.5.2013, obteve-se a informação de a condenação do paciente ainda não transitou em julgado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.873 - RJ (2012/0199004-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE FAZIA DA NARCOTRAFICÂNCIA SEU MEIO DE VIDA. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM CONCEDIDA, 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. O juízo de primeiro grau negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena por entender que o paciente fazia da narcotraficância seu meio de vida. O Colegiado estadual, por sua vez, afastou o benefício em razão da natureza, quantidade e variedade das drogas apreendidas, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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, a personalidade e a conduta social do agente".

3. 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. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o acórdão guerreado, no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, a fim de que outro seja proferido, à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, bem como o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ab initio, impende 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.

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que a o juízo de primeiro grau negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena por entender que o paciente fazia da narcotraficância seu meio de vida.

O Colegiado estadual, por sua vez, afastou o benefício em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas - 6 g de maconha e 13,9 g de cocaína (fl. 15) - substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios.

Com efeito, o art. 42 da Lei Antidrogas determina que "o juiz, na fixação das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesta senda, devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 do Diploma Antidrogas, não há que se falar em constrangimento ilegal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MOTIVADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, sobretudo em razão da grande quantidade e da natureza da droga apreendida - mais de 21 Kg de "cocaína" -, bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o Paciente era "integrante ativo de organização criminosa com grande potencial lesivo".

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

4. No caso, não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.

5. Não é possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias no sentido de que o ora Paciente integraria organização criminosa, pois, para tanto, seria necessário proceder a um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ. Precedentes.

6. Ordem denegada.

(HC 165.800/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 15/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. GRANDE QUANTIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE DROGA (3,704 KG DE MACONHA E 11 FRASCOS DE LANÇA-PERFUME). BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO AO CRIME. EXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários.

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade manifesta que autorize a concessão da ordem pretendida. O Tribunal de origem justificou a não aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na grande quantidade de droga apreendida (3,704 Kg de maconha e 11 frascos de lança-perfume), motivação idônea. Ressaltou, ainda, que o paciente se dedica a atividade criminosa, conclusão impossível de ser alterada nesta sede, por demandar o exame das provas. E não há falar em bis in idem na consideração da mesma circunstância para fixar a pena-base acima do mínimo legal.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 209.960/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA ALTAMENTE LESIVA DAS DROGAS APREENDIDAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 quando não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos para o benefício.

2. A natureza e quantidade de droga apreendida - 104 tubos plásticos contendo cocaína e 47 invólucros contendo crack, perfazendo o total de 92 g - demonstra o grau de envolvimento do paciente com a narcotraficância, concluindo a Corte de Origem que não se tratava de traficante ocasional.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas nem seria integrante de organização voltada à prática de crimes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA 1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

2. Ordem denegada.

(HC 195.137/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012)

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA E TRÁFICO INTERMUNICIPAL. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. No caso, o Tribunal de origem afastou a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em razão da quantidade de droga (70 gramas), da natureza da substância entorpecente (cocaína) e por tratar-se de tráfico intermunicipal.

2. 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.) 3. Ordem denegada.

(HC 179.915/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

No mais, mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 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 artigo 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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, 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 expandido, 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, ainda, 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:

"*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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 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 n.º 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.

Constata-se, contudo, que, na espécie, não se afigura possível a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A título ilustrativo, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. Se a pena-base imposta ao paciente já foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, falta interesse de agir à impetrante no tocante ao pedido de redução da pena-base ao piso previsto em lei.

2. Não há que se falar em substituição da pena, pois, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, somente faz jus a esse benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o que não se verificou no presente caso.

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC 186.978/ES, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 11/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, inexiste, agora, qualquer empecilho legal quanto à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que acusado atenda os requisitos legais.

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

3. Não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delineadores do crime de tráfico de entorpecentes, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem servir de fundamento na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vez que já considerados na escala da pena prevista em lei.

5. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente Andréia de Paula Melo.

(HC 53.397/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 279)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, entretanto, entendo ser necessária a concessão da ordem, de ofício. Com efeito, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado, exclusivamente, com base na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Consoante esposado alhures, tal óbice legal foi declarado inconstitucional, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Ante o exposto, **não conheço do *habeas corpus***, mas **concedo a ordem, de ofício**, para anular o acórdão guerreado, no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, a fim de que outro seja proferido, à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0199004-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 254.873 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 10496520118190041

EM MESA

JULGADO: 21/05/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA

ADVOGADO : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ALDO DA SILVA CARVALHO

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 Senhora 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.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.