



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.357 - SP (2014/0042566-7)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RENATO ISNARD KHAIR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONALDO JOSE DA SILVA

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. 3. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA USO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. 4. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE AFETO À PRÁTICA DE ATIVIDADES CRIMINOSAS. 5. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 6. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. 7. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM 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. Não há como conhecer do pedido de desclassificação do crime de tráfico para uso de entorpecentes, pois, ao que se tem, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto fático-probatório, entenderam estarem comprovadas a materialidade e autoria do delito de tráfico. Portanto, não se mostra possível modificar o que ficou estabelecido sem que se faça necessário um amplo e aprofundado reexame do acervo probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*, remédio constitucional caracterizado pelo rito célere e cognição sumária

3. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido expressamente a impossibilidade de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que o réu se dedica a atividades criminosas, não cabe a esta Corte, na via exígua do *mandamus*, afastar referida conclusão.

4. Existe constrangimento ilegal, a ser reparado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, quando o regime fechado de cumprimento de pena, no caso de condenação pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, 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.

5. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando não satisfeito o requisito objetivo previsto no art. 44 do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para determinar que o Juízo da Execução reavalie, à luz do novo entendimento sobre a matéria, o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 20 de maio de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.357 - SP (2014/0042566-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Ronaldo José da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art 33, c/c o art 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Após a instrução criminal o Juiz monocrático desclassificou a conduta para a do tipo do art. 28 da referida lei.

Inconformada, a acusação apelou e a Terceira Câmara de Direito Criminal deu provimento ao recurso para condenar o paciente por infração ao art 33, c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (fls. 12/17).

No presente *habeas corpus*, a impetrante sustenta que a decisão do acórdão impugnado deve ser anulada, pois "o MM. Juiz 'a quo', de forma justa e correta, desclassificou a conduta para o delito previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06, por concluir que a droga era para consumo pessoal" (fl. 2).

Alega, ainda, que "a primariedade e os bons antecedentes do réu foram reconhecidas. Deste modo, deve ser aplicada a redução em 2/3 da pena prevista, conforme o artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06. Preenchendo todos os requisitos legais, a aplicação da causa de diminuição de pena, na proporção máxima é direito subjetivo do acusado" (fl. 3).

Por fim, pontua que "como consequência da aplicação do benefício no máximo, requer-se a fixação do regime inicial aberto, ao qual fará jus o paciente. Nesse sentido, o artigo [sic] § 1º do art. 2º da lei 8072/90 que estabelece a pena por crimes hediondos ou equiparados será cumprida em regime fechado, foi recentemente julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por via incidental, por violar a garantia constitucional da individualização da pena" (fls. 4/5).

Diante disso, pleiteia, em tema liminar, pela concessão do regime aberto ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente. No mérito pretende que "responda pela prática do delito previsto no artigo 28 da Lei de Tóxicos, como decidido em 1º Grau de Jurisdição, bem como seja alterado o regime prisional para o inicial aberto, com a substituição por pena restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, do CP, ou ainda com a redução da pena em 2/3, uma vez que o paciente é primário e não faz parte de organização criminosa" (fl. 8).

A liminar foi indeferida (fls. 22/23) e as informações dispensadas.

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 32/38), opinou pela concessão da ordem, "quanto ao pleito de fixação do regime inicial menos gravoso para o cumprimento da pena".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.357 - SP (2014/0042566-7)

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 sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

De início, quanto à pretendida desclassificação da condenação pelo crime de tráfico para conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas, tenho que a pretensão não prospera.

Isso porque não há como conhecer do pedido de desclassificação, pois, ao que se tem, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto fático-probatório, entenderam que está comprovada a materialidade delitiva e que existem elementos suficientes à determinação da autoria do crime de tráfico. Portanto, não se mostra possível modificar o que ficou estabelecido, sem que se faça necessário um amplo e aprofundado reexame do acervo probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*, remédio constitucional caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

Realmente, "aferir a tipicidade do delito, para concluir pela absolvição do paciente ou pela desclassificação da conduta, demanda amplo revolvimento fático-probatório que não se coaduna com o angusto veio de conhecimento do writ" (HC n. 23.698/SC, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 25/11/2002).

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. TESES DE NEGATIVA DE AUTORIA E MATERIALIDADE E PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. No caso, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 500 (quinhentos) dias-multa, porque, no dia 20/08/2009, trazia consigo, para fins de tráfico, "dezesseis 'ependorfs' de cocaína, duas porções de maconha e nove pedras de 'crack', além de R\$ 111,00 (cento e onze reais) em dinheiro, em notas de pequeno valor."

2. Assim, a análise das teses concernentes à negativa de autoria e materialidade, bem como o pedido de desclassificação para o delito de uso de drogas, na hipótese, dependeriam do reexame da matéria fático-probatória, imprópria na via do **habeas corpus**, remédio de rito célere e de cognição sumária.

3. **Habeas corpus** não conhecido.

(HC 230.133/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 30/4/2013)

B - HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA E DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS NÃO CONDIZENTE COM O *WRIT*. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

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 contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal inominado.

2. O intento de absolver o paciente pelos delitos aos quais foi condenado e de desclassificar o delito de tráfico para uso de substância entorpecente não se coaduna com a via angusta do *writ*, pois depende de aprofundamento probatório.

3. O § 4º do art. 33 da Lei 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, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. Fixado no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas, é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

5. Alteração do regime inicial de pena e de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos colocadas como consequência da redução da pena que não ocorreu. Montante, ademais, da reprimenda, que impede os pleitos.

6. Ausência de flagrante ilegalidade, apta a fazer relevar a impropriedade desta impetração.

7. **Writ** não conhecido.

(HC 172.717/RJ, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 24/4/2013).

Com relação à pretensa aplicação da causa de diminuição de pena de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal estadual destacou (fl. 16):

Incabível a redução nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, diante do comprovado envolvimento do apelado em atividades criminosas da mesma natureza, como ele próprio informou quando do seu interrogatório e como se observa de sua folha de antecedentes atualizada onde consta duas condenações por tráfico

Depreende-se que, no ponto, não se divisa manifesta ilegalidade apta a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causar constrangimento à liberdade de locomoção do ora paciente, porquanto devidamente expostos os motivos para o afastamento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Observa-se que o Tribunal impetrado estabeleceu, com base nos elementos probatórios dos autos, que as circunstâncias do crime denotaram que o ora paciente não preenchia os requisitos necessários à obtenção da benesse contida na referida norma, destinada àqueles que não se dedicam às atividades criminosas, o que não é o caso dos autos.

Essa conclusão, a meu ver, é inafastável na via exígua do *habeas corpus*, pois está diretamente relacionada com o acervo fático-probatório da causa.

A propósito:

A - PROCESSUAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO REVISÃO CRIMINAL. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. 1. Impetrado este **habeas corpus** quando já havia trânsito em julgado da condenação, o seu manejo apresenta-se inadequado e descabido, pois com nítidas feições de revisão criminal, tentando transformar esta Corte em terceira instância revisora. 2. É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie, dada a constatação, firmada no Tribunal de origem, de que a paciente se dedica a atividades criminosas, não lhe pertencendo o direito de se ver beneficiada com a causa especial de diminuição (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006). Conclusão que, para ser elidida, demanda revolvimento fático-probatório não condizente com a via eleita. 3. Ordem denegada. (HC 202.416/SP, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 23/4/2012).

B - *HABEAS CORPUS*. NARCOTRÁFICO. PACIENTE CONDENADO A 5 ANOS DE RECLUSÃO. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. PACIENTE ENVOLVIDO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR 4 ANOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44 DO CPB. DELITO PRATICADO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO **WRIT**. ORDEM DENEGADA. 1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. 2. Ocorre que, no caso concreto, reconheceu-se que a paciente se dedica à atividade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação. 3. A alteração dessa conclusão ensejaria, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, **in casu**, não estão evidentes, impedindo a análise do tema por meio da via exígua do Habeas Corpus. 4. Independentemente da discussão sobre a constitucionalidade ou não do art. 44 da Lei 11.343/06, o total da pena imposta, **in casu**, impede a substituição pretendida, nos termos do art. 44 do CPB. 5. Se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes. 6. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial (HC 194.896/SP, Relator o Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, DJe 12/5/2011).

No tocante ao regime de cumprimento de pena, tenho que a insurgência merece prosperar.

Isso porque a situação mais rigorosa foi estabelecida diante da natureza do delito, quando o Tribunal afirma que "o regime fechado é fixado, por ser o adequado para a repressão e prevenção do tráfico, de forma que o agente absorva a terapêutica prisional e sinta o peso de sua responsabilidade pela prática delitiva, tratando-se de situação gravosa, que enseja esse rigor" (fl. 16), o que configura constrangimento ilegal, pois não é mais possível a imposição do regime fechado com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007. É que a obrigatoriedade do regime fechado para os crimes hediondos e equiparados foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 27 de junho de 2012.

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".

Não se olvida, contudo, que, antes mesmo desse pronunciamento definitivo, tanto a Corte Constitucional quanto este Tribunal Superior, já vinham superando o óbice legal e concedendo o regime mais brando, quando ausentes os requisitos a impor o regime fechado, a fim de que fossem observados os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Dessa forma, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Diploma Repressivo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado.

Nesse sentido:

[...]

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, 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 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No caso dos autos, considerando o quantum da pena estabelecido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime intermediário, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto".

6. Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto. (HC 190.780/SC, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 17/10/2012.)

Por fim, não tendo sido alterado o *quantum* da dosimetria da pena, por igual, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da falta do preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para determinar que o Juízo da Execução reavalie, à luz do novo entendimento, o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0042566-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 289.357 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00249004820108260050 20140000013021 249004820108260050 6722010

EM MESA

JULGADO: 20/05/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RENATO ISNARD KHAIR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RONALDO JOSE DA SILVA

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.