



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 151.865 - SP (2009/0211135-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : NAGASHI FURUKAWA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CHARLES HENRIQUE CESTARI

EMENTA

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 14 DA LEI 6.368/76. NATUREZA HEDIONDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 2º DA LEI 8.072/90. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO MODO INICIAL DE EXECUÇÃO DA PENA ACORDO COM AS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL. MODO FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE DO GRUPO CRIMINOSO. ESCOLHA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

1. O crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente previsto no rol do artigo 2º da Lei 8.072/90, permitindo, assim, a imposição do regime prisional de acordo com as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.

2. Não há ilegalidade na imposição do modo inicial fechado de cumprimento de pena, pois, não obstante a reprimenda tenha sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a forma mais gravosa foi estabelecida com fundamento na organização do grupo criminoso, tido como verdadeira empresa do crime, que contava com grande quantidade de integrantes, e no fato de que o bando teria se envolvido na negociação de grandes volumes de entorpecentes, fatores que revelam a gravidade concreta do ilícito perpetrado e a periculosidade dos membros da associação criminoso.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 14 DA LEI 6.368/76. NATUREZA HEDIONDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Afastado o caráter hediondo do crime previsto no art. 14, *caput*, da Lei 6.368/76, não há que se falar em óbice para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, se atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão da Corte Estadual que manteve a negativa de permuta, por entender não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal, quando consta dos autos que o grupo criminoso do qual fazia parte o paciente - tido como uma verdadeira "empresa"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime - teria sido responsável por intensas negociações envolvendo grandes quantidades de entorpecentes, o que evidencia que a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

3. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 151.865 - SP (2009/0211135-0) (f)

IMPETRANTE : NAGASHI FURUKAWA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CHARLES HENRIQUE CESTARI

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CHARLES HENRIQUE CESTARI contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal n.º 990.08.153737-0, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 3 (três) anos de reclusão, mais multa, pela prática da conduta descrita no artigo 14, *caput*, da Lei n.º 6.368/76.

O impetrante alega constrangimento ilegal ao argumento de que deveria ter sido fixado o modo inicial aberto para o resgate da pena, *in casu*, posto que, segundo a jurisprudência do STF e STJ, o delito que lhe foi imputado não seria equiparado à hediondo, devendo ser observadas as disposições do artigo 33, § 2º, letra 'c' e § 3º, do Código Penal.

Acrescenta que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena careceria de fundamentação idônea que justificasse a escolha de modo mais severo do que o permitido pelo *quantum* de sanção aplicada, restando malferido o teor da Súmula nº 719 do STF.

Entende que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do artigo 44 do CP, uma vez que a pena-base foi aplicada no mínimo legal em vista da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Assevera que a Corte de origem teria inovado na fundamentação apresentada na sentença condenatória para justificar a escolha do modo inicial mais gravoso, configurando, assim, *reformatio in pejus*, porquanto houve apenas recurso da defesa.

Requeru, liminarmente, fosse determinado à Corte de origem a que não expedisse mandado de prisão em desfavor do paciente até o julgamento final do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente remédio constitucional, e, no mérito, postula que:

- a) seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
- b) seja fixado o regime inicial aberto;
- c) seja concedida a ordem para impedir a expedição de mandado de prisão contra o paciente até o definitivo trânsito em julgado da decisão condenatória.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 151.865 - SP (2009/0211135-0) (f)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, mais multa, pela prática da conduta descrita no artigo 14, *caput*, da Lei n.º 6.368/76, porque, segundo consta da denúncia, desde agosto de 2005, associou-se com outros 10 (dez) agentes, todos de comum e prévio acordo, para o fim de praticarem, reiteradamente, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, *"cada um aderindo à conduta criminosa do outro, como se sua própria fosse, mediante divisão de tarefas e mútuo auxílio"* (fls. 25/28), assim descrita no acórdão impetrado:

*3. Segundo a descrição fática contida na denúncia, nas condições de tempo e local ali descritas, os imputados, agindo em concurso e com unidade de desígnios, associaram-se para o fim de praticar reiteradamente o crime de tráfico de entorpecentes. Consta da inicial que a associação contava com a seguinte divisão de tarefas: Mônica era uma das líderes da associação e tinha a função de negociar a compra de entorpecentes, determinando a quantidade a ser adquirida e o valor da posterior venda, sendo que também separava e embalava a droga para comercialização; Rodrigo dividia a liderança com Mônica e tinha a função de indicar membros para executar tarefas e determinar a eliminação de rivais e desafetos, além de colaborar, embalando e transportando as drogas para posterior distribuição; Adriano transportava drogas e dinheiro, e efetuava cobrança nos locais de venda de tóxicos; Cristiano, Silvana e Gislaine eram responsáveis pela venda da droga aos usuários; Bruno, Edwaldo e Devanir eram fornecedores diretos da organização, sendo que o primeiro ainda intermediava a aquisição de drogas com outros fornecedores; **Charles transportava entorpecentes, dinheiro e membros da associação em seu veículo, e funcionava como "olheiro" para garantir a livre movimentação dos demais agentes;** e Marco cedia sua propriedade para que nela fosse armazenada, dividida e embalada a droga para futura comercialização. (fls. 59-60 - grifamos)*

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual foi negado provimento, mantido, integralmente, o édito condenatório.

Inicialmente, com razão o impetrante quando aponta que o delito do art. 14, *caput*, da Lei 6.368/76 não seria hediondo, permitindo, assim, a imposição do regime prisional de acordo com as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.

Com efeito, esta Corte Superior de Justiça possui entendimento no sentido de que não pode ser atribuído o caráter hediondo ao crime de associação para o tráfico de drogas, tendo em vista o mesmo não estar expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n.º 8.072/1990.

Nesse sentido, confira-se a remansosa jurisprudência desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 35, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. CONFIGURAÇÃO. ANIMUS ASSOCIATIVO ESTÁVEL E DURADOURO PARA A PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 33 E 34 DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME AUTÔNOMO E QUE PRESCINDE DA PRÁTICA EFETIVA DOS DELITOS QUE MOTIVARAM A ASSOCIAÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A CONDENAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NATUREZA DO DELITO NÃO HEDIONDA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006.

[...]

IV - O delito de associação para o tráfico de entorpecentes, como anteriormente afirmado, é crime autônomo, não sendo equiparado a crime hediondo (Precedentes).

[...]

Recurso parcialmente provido para fixar o regime inicial aberto para resgate da reprimenda imposta ao recorrente. (REsp 1113728/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. DEFERIMENTO. AGRAVO EM EXECUÇÃO INTERPOSTO PELO PARQUET. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LAPSO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) PARA OBTENÇÃO DA BENESSE. CRIME HEDIONDO. ILEGALIDADE. NATUREZA IGNÓBIL NÃO-CONFIRMADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A Corte de origem, atribuindo o caráter hediondo ao crime de associação para o tráfico, determinou o cumprimento do lapso de 2/3 (dois terços) da reprimenda para a obtenção de liberdade condicional, nos termos do art. 83, V, do Código Penal.

2. É remansosa a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 14 da Lei n. 6.368/76) não tem natureza hedionda, situação que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impossibilita a imposição de interstício mais gravoso para o deferimento da liberdade condicional.

3. Ordem concedida em parte para reformar o aresto impugnado no sentido de afastar o caráter hediondo atribuído ao crime de associação para o tráfico de entorpecentes e, por conseguinte, revogar as consequências decorrentes, determinando-se a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo o paciente não estiver custodiado, devendo, contudo, o Juízo das Execuções Criminais analisar a possibilidade de extinção da punibilidade nos termos do art. 90 do Código Penal. (HC 99.423/RJ, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2009, DJe 01/02/2010)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. 1. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CÁLCULO. CRIME CONSIDERADO NÃO HEDIONDO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DO CÁLCULO CASSADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CRIME NÃO HEDIONDO. LISTAGEM TAXATIVA DOS CRIMES COM TAL NATUREZA. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. 2. ORDEM CONCEDIDA.

1. O crime de associação para o tráfico não integra a listagem legal de crimes considerados hediondos. Impossível analogia in malam partem com o fito de considerá-lo crime dessa natureza.

2. Ordem concedida para, em confirmação à liminar já deferida, cassar a decisão proferida no acórdão impugnado, para que seja restabelecido o cálculo efetuado pelo juízo da execução criminal, que considerou o crime previsto no artigo 14 da Lei 6.368/76 como não hediondo. (HC 56.529/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 23/03/2009)

Este é, igualmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que assim se manifesta desde a Lei n. 6.368/1976, atualmente revogada em razão do advento da Lei n. 11.343/2006:

"HABEAS CORPUS" - PREJUDICIALIDADE, EM PARTE, DO "WRIT" CONSTITUCIONAL, EM VIRTUDE DA SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO CUJA DEMORA, IMPUTADA AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CONSTITUÍA UM DOS OBJETOS DA PRESENTE IMPETRAÇÃO - CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76 - DELITO QUE NÃO SE QUALIFICA COMO CRIME HEDIONDO - CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÃO PENAL RESTRITIVA DE DIREITOS - POSSIBILIDADE DE TAL CONVERSÃO, CONSIDERADA A DATA DO DELITO EM REFERÊNCIA - PRECEDENTES - ADVENTO DA NOVA LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343/2006), CUJO ART. 44 VEDA, EXPRESSAMENTE, QUANTO AOS DELITOS NELE REFERIDOS, A CONVERSÃO, EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - INAPLICABILIDADE, CONTUDO, DESSE NOVO DIPLOMA LEGISLATIVO ("LEX



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GRAVIOR") A CRIMES COMETIDOS EM MOMENTO ANTERIOR, QUANDO AINDA VIGENTE A LEI Nº 6.368/76 ("LEX MITIOR") - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. (HC 95662, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00415 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 305-317)

EMENTA: HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO EQUIPARAÇÃO A CRIME HEDIONDO. O art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 é explícito ao fixar que somente o tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76) se assemelha aos crimes hediondos para o fim de vetar a possibilidade de progressão do regime prisional. O crime de associação para o tráfico não está previsto na lista do art. 2º da Lei 8.072/90 e, portanto, a esse tipo não se aplica a proibição do § 1º do artigo. Habeas corpus deferido em parte. (HC 83656, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 20/04/2004, DJ 28-05-2004 PP-00063 EMENT VOL-02153-04 PP-00787)

Assim, possível o estabelecimento de regime prisional diverso do fechado na hipótese de condenação pelo delito do art. 14, *caput*, da Lei 6.368/76, devendo-se, contudo, observar o previsto no art. 33, seus incisos e parágrafos, do Estatuto Penal, para a escolha do modo de resgate da sanção reclusiva.

No caso, infere-se que Corte Estadual optou por manter o regime estabelecido pelo Juiz sentenciante, pois:

[...] Embora as sanções aplicadas permitissem a imposição de regime prisional menos gravoso, nos termos do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do fato penal indicam a necessidade de uma maior repressão estatal. Afinal trata-se de associação criminosa contando com grande número de agentes para o fim reiterado de mercancia ilegal de drogas em quantidades relevantes, abrangendo inclusive substâncias entorpecentes de maior nocividade à saúde pública, como o 'crack', em consequência do que é recomendável a manutenção do regime inicial fechado para o cumprimento das reprimendas [...]. (fls. 67)

E, assim decidindo, não se pode acoimar o aresto combatido de manifestamente ilegal, pois, não obstante a fixação da pena-base no mínimo legalmente previsto, dada a favorabilidade das circunstâncias judiciais, o regime inicial de execução foi determinado com base na gravidade concreta, e não abstrata, do delito perpetrado, autorizando a imposição do regime prisional mais severo, em observância ao disposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Com efeito, na hipótese que se apresenta, verifica-se que a forma mais gravosa de execução da sanção foi imposta com fundamento na organização do grupo criminoso, que contava com grande quantidade de integrantes, e no fato de que o bando teria se envolvido na negociação de grandes volumes de entorpecentes - do aresto consta que *"as interceptações telefônicas demonstram um intenso comércio de entorpecentes pelos imputados, que estabeleceram uma verdadeira 'empresa' voltada aos fins da mercancia de substâncias entorpecentes"* (fls. 64) -, havendo inclusive expressa menção de que teria havido a negociação de cerca de 20 quilos de maconha (fls. 65), fatores que revelam a gravidade concreta do ilícito perpetrado e a periculosidade dos membros da associação criminosa.

Portanto, em que pese a quantidade de reprimenda definitivamente irrogada e as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, os fatores acima apontados justificam a fixação de regime prisional que se coadune com os objetivos legais de prevenção e reprovação do crime, visto que o julgador, em situações particulares, pode impor modo de execução mais severo do que o indicado pelos fatores delineados no art. 59 do Código Penal.

Nesse norte, tem-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PERPETRADO CONTRA MENOR DE 14 ANOS. DATA DOS FATOS: 16.05.2000. SENTENÇA CONDENATÓRIA: 09.04.2007. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, APESAR DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO. PENA-BASE: 6 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO ADEQUADAMENTE. GRAVIDADE EM CONCRETO DO DELITO. PERICULOSIDADE DO PACIENTE EVIDENCIADA. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 10. do art. 20. da Lei 8.072/90 (HC 82.959/SP), ao condenado por crime hediondo cometido antes da Lei 11.464/07 não se aplica obrigatoriamente o regime inicial fechado, cumprindo observar-se os arts. 33 e 59 do CPB. É esta a hipótese dos autos, pois o crime pelo qual o paciente foi condenado, segundo a denúncia, ocorreu entre 2000.

2. Entretanto, inadmissível que o autor de conduta objetiva tão grave, pois devidamente condenado em processo regular, possa iniciar o cumprimento da pena em outro regime que não seja o fechado, para não se retirar da sanção penal a sua finalidade repressiva da conduta ilícita.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Não é somente a longevidade da pena que deve ser prestigiada na repressão da criminalidade, mas sobretudo a efetividade da sanção; sem embargo da evolução dos propósitos da pena de privação da liberdade, é certo que ainda conserva a sua característica repressiva, que se alcança com a prisão do agente, ainda que por tempo reduzido.

4. A declaração de inconstitucionalidade da norma não retira, por si só, a nota hedionda do delito, ainda hoje assim considerado pela legislação penal. A conduta mantém-se impregnada dessa característica e a própria definição da hediondez remete a algo que apresenta deformidade, repulsa e que provoca reação de grande indignação moral. Foi esse o motivo determinando da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), que elegeu determinados delitos, dentre outros tantos, como particularmente abjetos, exatamente porque a sua prática induz à constatação da perversidade/periculosidade do autor e a necessidade de mais severa punição, como resposta àquela indignação moral que faz inevitavelmente aflorar.

5. A fixação do regime prisional não está atrelada de forma objetiva à quantidade da pena, constituindo operação intelectual própria (inteligência dos incisos I e III do art. 59 do CPB); o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis (art. 59 e 33, § 3o. do CPB); ademais, o art. 59, III do CPB prevê expressamente que o regime prisional seja determinado pelo Juiz, após a fixação da pena (art. 59, I e II do CPB).

6. A gravidade *in concreto* do delito pode ser dimensionada pelo seu *modus operandi*, tal se dá com o crime praticado por quadrilha armada, por exemplo, ou com emprego de arma de fogo, em que tal gravidade é manifesta, não se requerendo explanações extensas para se evidenciar o óbvio; *in casu*, a sentença condenatória demonstrou de forma correta que a periculosidade do paciente, evidenciada pelo *modus operandi* do delito, justifica a fixação do regime inicial fechado. Consta dos autos que o paciente, patrão da mãe da vítima de apenas 12 anos, aproveitou-se do fato de dar uma carona à menina para praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

7. Ordem denegada, em que pese o parecer ministerial pelo não conhecimento do writ. (HC 191.284/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 09/06/2011).

Cumpre destacar que esse, também, é o entendimento da doutrina majoritária, coincidente com a ensinança do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Individualização da Pena*:

Do exposto, vê-se que o juiz precisa apenas ser coerente na eleição do regime, mas não está necessariamente obrigado a ponderar em igualdade de condições o art. 59



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para efeito do quantum da pena e para a determinação do regime inicial. Não fosse assim e seria mais coerente a lei ter estabelecido que o regime inicial acompanharia necessariamente os mesmos critérios jurídico-fáticos usados, para a fixação da quantidade de pena aplicável, dentre as cominadas. Tal disposição vincularia o juiz, a aumento a pena acima do mínimo legal, buscar regime mais severo. Fixando-a no mínimo legal, eleger sempre o regime mais brando... (3ª edição, RT:SP, 2007, p. 285).

Melhor sorte não socorre o impetrante no referente à alegada ocorrência de inovação na fundamentação pelo órgão julgador de segunda instância, posto que, da leitura do acórdão objurgado, infere-se que a Corte impetrada em momento algum complementou os fundamentos descritos no édito condenatório, tendo apenas concluído a partir do contexto das provas carreadas nos autos que o regime inicial de cumprimento da pena imposto pelo magistrado singular estaria devidamente justificado.

Quanto à almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, cumpre esclarecer que, uma vez afastado o caráter hediondo do crime em comento, não há que se falar em óbice para a concessão de tal benefício, se atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Contudo, na hipótese, observa-se que a Corte Estadual, em sede de julgamento de embargos de declaração, entendeu inviável proceder-se à permuta, ressaltando que: *"As circunstâncias fáticas da prática delitiva demonstraram que a substituição da pena privativa de liberdade seria insuficiente e inadequada para a repressão e prevenção do crime. Extrai-se da própria fundamentação do acórdão que as circunstâncias mostraram-se desfavoráveis, não recomendando a substituição da sanção, dado que o delito foi praticado por relevante número de agentes, que se associaram para a venda de grandes quantidades de drogas, em especial aquelas mais nocivas à saúde pública"* (fls. 224).

Com efeito, dispõe o art. 44 do Estatuto Repressivo que, *verbis*:

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;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.
(grifos nossos)

Ou seja, dita o art. 44, III, do Código Penal, que a pena privativa de liberdade **poderá** ser convertida em restritivas de direito somente quando, após a verificação do preenchimento dos requisitos objetivos, "*a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente*".

Deste dispositivo, infere-se que o legislador optou por deixar ao arbítrio do julgador, dentro de seu prudente critério, a deliberação sobre a possibilidade ou não de se converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo como base as circunstâncias elencadas no art. 59 do CP.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que foi negada ao acusado a almejada substituição da sanção reclusiva por penas alternativas diante do não preenchimento dos requisitos subjetivos legalmente exigidos, pois, havendo elementos de prova nos autos de que o grupo criminoso do qual fazia parte o paciente - tido como uma verdadeira "empresa" do crime - teria sido responsável por intensas negociações envolvendo grandes quantidades de entorpecentes (fls. 64 e 65), tais elementos de prova levaram à conclusão de que a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

Assim, inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão da Corte Estadual que entendeu não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a permuta, já que a manutenção da negativa encontra-se fundamentada.

Aliás, como já se decidiu:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. PACIENTES CONDENADOS A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO E SESSENTA DIAS MULTA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONVERSÃO DE PENA NÃO RECOMENDÁVEL.

1. Não é possível, nesta sede, desconstituir o decidido pela Corte de origem, a qual, em acórdão suficientemente motivado, entendeu tratar-se o caso de tráfico de drogas, não de porte para consumo.

2. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

3. No caso, os pacientes são primários e lhes foi desfavorável apenas uma circunstância judicial, isto é, a culpabilidade. Por isso, tem-se por razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto, suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

4. Mesma sorte não lhes assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a quantidade de droga apreendida não recomenda o benefício.

5. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 144.476/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 14/02/2011 - destacamos)

Diante de todo o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0211135-0

HC 151.865 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 8442005 900120050103338 990081537370

EM MESA

JULGADO: 16/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : NAGASHI FURUKAWA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CHARLES HENRIQUE CESTARI

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.