



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 106.296 - SP (2008/0103507-2)**

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JOSÉ LEITE GUIMARÃES JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL MOREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REGIME PRISIONAL FECHADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DELITO COMETIDO ANTES DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. MODO FECHADO DETERMINADO COM NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. DESCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n. 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e detentor de bons antecedentes, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso, e a exegese da Súmula 440 deste Superior Tribunal de Justiça é no mesmo norte.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. PERMUTA ADMISSÍVEL. PROIBIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 E DO 44 DA NOVEL LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, se o delito foi praticado ainda na vigência da Lei 6.368/76.

2. As vedações constantes no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei n. 11.343/06 não são aplicáveis aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecente praticado na vigência da antiga Lei de Tóxicos.

3. Ordem concedida tão somente para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analise a possibilidade de fixar ao paciente regime prisional diverso do fechado, bem como de substituir a sanção reclusiva por restritiva de direitos.

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 22 de junho de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 106.296 - SP (2008/0103507-2)

IMPETRANTE : JOSÉ LEITE GUIMARÃES JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL MOREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor GABRIEL MOREIRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 01020370.3/7, lá interposta pela Defesa, deu-lhe parcial provimento para, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, absolver o paciente das imputações relativas ao art. 14 da Lei n.º 6.368/76, e, aplicando o previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, reduzir a sua reprimenda para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, pela prática da conduta do art. 12 da Lei n.º 6.368/76, reconhecendo ainda a possibilidade de progressão de regime prisional.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o paciente é comprovadamente primário e de bons antecedentes, razão pela qual não poderia o Tribunal impetrado ter mantido o regime fechado imposto na sentença para o cumprimento da reprimenda, nem deixar de reconhecer em seu favor o direito de ter a sanção substituída por restritiva de direitos, baseado unicamente em argumentos genéricos, como a gravidade do delito cometido, equiparado a hediondo.

Requeru, assim, a concessão sumária do remédio constitucional, para que fosse substituída a pena reclusiva por restritivas de direitos, ou que fosse fixado ao paciente o regime aberto para o cumprimento da sanção, confirmando-se a medida ao final, quando do julgamento de mérito do *mandamus*.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 31-32.

A autoridade tida como coatora prestou informações às fls. 37-117.

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandamus e, nessa extensão, pela concessão parcial da ordem, para que seja analisada, pelo Juízo da Execução, a possibilidade de substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 106.296 - SP (2008/0103507-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 14, ambos da Lei n.º 6.368/76, tendo em vista que, no dia 22-7-2005, junto com mais 2 (dois) corréus, *"traziam consigo, para a entrega ao consumo de terceiros, 104 (cento e quatro) comprimidos de [...] substância entorpecente vulgarmente conhecida como 'ecstasy'"* (fl. 59).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, absolver o paciente das imputações relativas ao crime de associação para o tráfico, e, aplicando o previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, reduzir a sua reprimenda para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, pela prática da conduta do art. 12 da Lei n.º 6.368/76, reconhecendo-se, ainda, a possibilidade de progressão de regime prisional, mantido, no mais, o édito condenatório.

Contra esse acórdão, foram opostos embargos de declaração, em que foram alegadas contradições e omissões quanto ao regime prisional de cumprimento de pena e à possibilidade de substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, os quais, no entanto, foram rejeitados.

No que se refere ao regime de cumprimento de pena imposto ao paciente - fechado -, verifica-se, da leitura da sentença condenatória, que o juiz singular fixou o modo integralmente fechado, sob os seguintes fundamentos:

"À vista do disposto na Lei dos Crimes Hediondos, aos quais foi equiparado o tráfico de entorpecentes, deverão os réus cumprir as penas no regime integralmente FECHADO (artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/90)" (fl. 70)

A Corte impetrada, por sua vez, impôs o regime inicialmente mais gravoso apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito e no art. 1º, § 1º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei n.º 11.464/07, conforme se constata do trecho a seguir descrito:

"Quanto ao regime prisional imposto, tem-se que os apelantes praticaram crimes graves, equiparados a hediondo, razão pela qual impõe-se a adoção de regime prisional mais gravoso, visando assegurar o caráter preventivo e repressivo da pena, mantendo-se, portanto, o regime fechado.

Cumpre salientar, por fim, que a Lei n.º 11.464/2007 deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, possibilitando a progressão de regime prisional também para os crimes hediondos e equiparados, devendo ser reconhecida a possibilidade de progressão de regime prisional aos apelantes também no presente caso." (fls. 26-27)

Consta da exordial acusatória que o delito de tráfico de drogas imputado ao paciente ocorreu em 22-7-2005, antes, portanto, do advento da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

Com efeito, ante a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, passou a ser perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n.º 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor, como reiteradamente vem orientando este Superior Tribunal.

Nessa direção, tem-se:

"PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. REGIME ABERTO INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 PELO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que preconizava o cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos em regime integralmente fechado, restou possibilitada a execução da sentença penal condenatória desses feitos pelos outros regimes prisionais previstos no ordenamento jurídico para a pena de reclusão, disciplinados no art. 33 do Código Penal (fechado, semi-aberto e aberto), bem como a progressão para o sistema mais brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP.

2. Assim sendo, em se tratando de crimes hediondos, para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada, faz-se necessário que a pena-base seja fixada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima do mínimo legal, por meio de motivação idônea, com demonstração concreta das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que, necessariamente, devem ser desfavoráveis ao réu, para a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Esse entendimento, todavia, no que tange aos delitos relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, só tem aplicação aos tipos cometidos anteriormente à vigência da Lei 11.464, de 28/3/07, haja vista que esse diploma legal preconizou que nos crimes dessa espécie a pena deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado.

4. Considerando que, no caso concreto, (a) a traficância antecedeu a citada alteração legislativa, (b) o réu é primário e (c) a pena-base foi fixada no mínimo legal (por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu), impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda aplicada por tráfico ilegal de drogas, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal.

"5. Ordem concedida" (HC n.º 60523/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, j. em 25-10-2007)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: EXECUÇÃO. Criminal. Pena. Tráfico de drogas. Regime inicial fechado. Incidência do art. 2, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação determinada pela Lei nº 11.464/07. Fato ocorrido antes da vigência da lei. Retroatividade de lei penal mais gravosa. Inadmissibilidade. Reclusão por tempo inferior a 4 (quatro) anos. Incidência do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal. HC concedido. Aplicação da súmula 719.

A garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa impõe a aplicação, aos fatos praticados antes da edição da Lei n.º 11.464/07, da regra geral do art. 33, § 2, 'b', do Código Penal, para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena." (HC n.º 98.365/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 15-12-2009, DJe 12-2-2010)

Desta forma, perfeitamente possível a fixação de regime inicial menos severo que o fechado aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes cometido antes do advento da Lei n.º 11.464/07, como se verifica na hipótese *sub examine*.

Ademais, constata-se que o modo inicial mais gravoso de resgate da pena foi fixado pela Corte de origem também com base na gravidade em abstrato do delito, evidenciando a dissonância com o entendimento deste Tribunal Superior, que é assente no sentido de que, favoráveis as circunstâncias judiciais, como ocorre na hipótese dos autos, não se justifica a fixação do regime prisional mais severo, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observância ao disposto no art. 33, §§ 2º, e alíneas, e 3º, do Código Penal, *verbis*:

"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

"[...]"

"§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

"a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

"b) 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;

"c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

"§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Nesse vértice:

"[...]"

"IV - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

"V - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "c", e § 3º, do CP. (Precedentes).

"VI - 'A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.' (Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso).

"Ordem concedida" (HC n. 104.629/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 2-12-2008, DJU de 2-2-2009).

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada na Suprema Corte, nos enunciados nas Súmulas ns. 718 e 719, a saber:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Aliás, esta também é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça, recentemente aprovada, que dita que: *"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."*

Assim, merece essa questão ser submetida à apreciação do Tribunal de Justiça Estadual, a fim de que seja analisada a possibilidade de fixar ao paciente regime prisional diverso do fechado.

Quanto à almejada substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, verifica-se que a Corte impetrada entendeu inviável, na espécie, proceder-se a permuta, pelas razões a seguir expostas:

"Na hipótese, como constou do v. acórdão, os apelantes praticaram crime grave, considerado hediondo, razão pela qual impunha-se a adoção de regime prisional mais gravoso, visando assegurar o caráter preventivo e repressivo da pena.

Por consequência, ficou subentendida a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo porque de tal benefício sequer cogitou a apelação.

Tratando-se de crime equiparado a hediondo, que vem trazendo consequências devastadoras para as famílias e toda a sociedade, a adoção da medida não se mostra mesmo adequada, existindo, inclusive, na Nova Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/06) vedação expressa a tal benefício (art. 44 e 33, § 4º)." (fl. 113)

É de se ressaltar que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento do STF no sentido da possibilidade de progressão de regime nos delitos hediondos ou equiparados, tem orientado que *"não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados, a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal" (HC n. 88567/BA, rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, j. em 8-11-2007).

Com efeito, este Superior Tribunal, ao tratar da matéria, vem destacando a possibilidade da permuta nos delitos cometidos na vigência da Lei n.º 6.368/76, após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, e tendo em conta ainda a superveniência da edição e entrada em vigor da Lei n.º 11.464/07, que legalizou a possibilidade de progressão, pelo que não mais subsistiria o fundamento para impedir a substituição, quando atendidos os requisitos do art. 44 e seus incisos do Código Penal, a saber: a) pena não superior a 4 anos; b) crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso; d) e as circunstâncias do art. 59 tiverem sido consideradas favoráveis.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados desta colenda Turma:

"[...]

"1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, resta afastado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos.

"2. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis à ré, estando a pena-base fixada no mínimo legal, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

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

"3. Uma vez afastado o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

"4. Sendo a condenada por crime perpetrado sem violência ou grave ameaça, reconhecidamente primária e de bons antecedentes, faz jus à substituição da pena corporal. Não exsurge como fundamento idôneo para negar ao condenado a aplicação de pena alternativa a impressão pessoal dos julgadores acerca da gravidade abstrata do delito. Precedentes.

"5. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a quem caberá, atendidos os requisitos subjetivos e objetivos, decidir sobre o deferimento da substituição das penas, nos exatos termos do art. 44 do Código Penal" (HC n. 92.689/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 27-3-2008).

"CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DELITO HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA INCIDENTER TANTUM PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REQUISITOS A SEREM EXAMINADOS PELO JUIZ DA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA.

"I. Hipótese em que a paciente foi condenado à pena de 03 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes.

"II. O pleno do STF, por maioria de votos, em sessão realizada em 23/02/2006, deferiu o pedido formulado no habeas corpus n.º 82.959/SP e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, que trata da obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os condenados pela prática de crime hediondo.

"III. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça entendeu ser possível a substituição de pena privativa por pena restritiva de direito, por não mais existir óbice à aplicação do disposto no art. 44 do Código Penal ao apenados pela prática de crime hediondo, desde que preenchidos os requisitos previstos no referido dispositivo legal. "IV. A incompatibilidade entre a aplicação de pena restritiva de direitos, trazida ao Código Penal pela Lei n.º 9.714/98 e o crime de tráfico de entorpecentes não mais subsiste após a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90.

"V. Deve ser reconhecido o direito da paciente ao pleito de substituição da pena de 3 anos de reclusão por pena restrita de direitos, cabendo ao Juízo competente a verificação da presença dos requisitos exigidos por lei.

"VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator" (HC n. 55.623/DF, Quinta Turma, rel. Min. GILSON DIPP, j. em 4-5-2006).

Merece destaque que sequer as vedações constantes no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 são óbice para a análise da substituição pretendida, visto que, por serem mais gravosas, não se aplicam aos delitos cometidos anteriormente à sua vigência, sob pena de ofensa ao princípio da retroatividade, constitucionalmente albergado.

Nesse diapasão, tem-se:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF [...] CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO.

"1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, fica afastado o óbice que impedia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

"2. Com a edição da nova lei de tóxicos, vedou-se, expressamente, a concessão da substituição da pena no tráfico ilícito de entorpecentes (art. 44, da Lei nº 11.343/06). Tal vedação, por ser prejudicial ao réu, não pode retroagir, de modo que na época da condenação não havia qualquer empecilho legal quanto à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados, o qual residia no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado.

"[...].

"5. Ordem concedida para, concedendo ao Paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação, reformar o acórdão proferido pelo Tribunal a quo e a sentença condenatória na parte relativa à imposição do regime integralmente fechado, determinando-se, ainda, que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame dos requisitos objetivos e subjetivos autorizadores do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos [...]" (HC n. 65.996/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, j. em 27-2-2007)

Desta forma, ausente qualquer empecilho legal para a substituição, merece também essa questão ser analisada pelo Tribunal originário, que deverá examinar se o paciente preenche os requisitos subjetivos para a concessão do benefício.

Diante de todo o exposto, concede-se a ordem tão somente para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analise a possibilidade de fixar ao paciente regime prisional diverso do fechado, bem como de substituir a sanção reclusiva por restritiva de direitos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0103507-2

HC 106.296 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10203703 102037037 50050580221

EM MESA

JULGADO: 22/06/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ LEITE GUIMARÃES JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL MOREIRA

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 22 de junho de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário