



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 174.379 - PR (2010/0097081-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : **ROBERTO BRZEZINSKI NETO**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ**  
**PACIENTE** : **GUILHERME FERNANDO RAMPO**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMETIMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.*

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena cominada ao delito do art. 33 da Lei 11.343/06.

2. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que, tratando-se a nova regra prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 de norma de caráter preponderantemente penal e, sendo mais benéfica, aplica-se imediata e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência, nos precisos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, independentemente da fase em que se encontrem, devendo a mitigação incidir sobre a sanção cominada na Lei 6.368/76. Precedentes da Sexta Turma do STJ e do STF.

*EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA. MODO MAIS SEVERO. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME SEMIABERTO DEVIDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP C/C ART. 42 DA LEI DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.*

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei 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 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. Não obstante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - culpabilidade e quantidade de droga apreendida (1



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

kg de maconha) - mostra-se desproporcional, no caso concreto, a imposição do regime inicial fechado quando a pena foi fixada definitivamente em patamar não superior a 4 (quatro) anos de reclusão e o paciente é primário, sendo devido o estabelecimento do modo semiaberto, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CRIME COMETIDO AO TEMPO DA LEI 6.368/76. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.464/06. ADMISSIBILIDADE DA PERMUTA. PRECEDENTES DO STJ.

ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei 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 a superveniência da edição e entrada em vigor da Lei 11.343/06, perfeitamente possível a substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos nos delitos cometidos na vigência da Lei n. 6.368/76, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Evidenciada a gravidade concreta do delito cometido, dada a elevada quantidade de droga apreendida, circunstância que demonstra que, na espécie, a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, 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.

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido para: a) afastar o óbice à aplicação do previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 ao delito em questão, determinando que o Juízo da Execução competente analise o preenchimento dos requisitos previstos para a incidência da minorante, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer o paciente; e para b) fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, que ressaltou entendimento pessoal. 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.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília (DF), 15 de setembro de 2011. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 174.379 - PR (2010/0097081-2) (f)

IMPETRANTE : ROBERTO BRZEZINSKI NETO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ  
PACIENTE : GUILHERME FERNANDO RAMPO

### RELATÓRIO

**EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de GUILHERME FERNANDO RAMPO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que negou provimento à Apelação Criminal n.º 453.043-0, interposta pela Defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, mais multa, pela prática da conduta descrita no artigo 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76.

O impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ter sido aplicada, *in casu*, a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, vez que se trata de lei posterior mais benéfica, devendo ser observado o disposto no art. 2º do Código Penal.

Assevera que, como o delito foi cometido antes do advento da Lei n.º 11.464/07, o regime prisional deve ser fixado com observância dos critérios previstos no artigo 33 do CP, de maneira que, sendo o paciente primário e considerando o *quantum* de pena que lhe foi aplicado, faria jus ao regime carcerário aberto.

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 o fato delituoso ocorreu antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.343/06, não podendo este diploma legal retroagir para prejudicar o paciente.

Requer a concessão da ordem para que :

b) seja aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Nova Lei de Drogas;

c) seja fixado o regime inicial aberto;

d) seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Informações prestadas.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.379 - PR (2010/0097081-2) (f)

### VOTO

**EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, mais multa, pela prática da conduta descrita no artigo 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76, porque, segundo consta da denúncia, no dia 13-8-2004, foi flagrado trazendo consigo, para fins de comercialização, de "3 (*três*) *tabletes de erva prensada*" contendo aproximadamente 1.080 g (um mil e oitenta gramas) da substância entorpecente vulgarmente conhecida como "maconha". (fls. 30).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado negado provimento, mantido, integralmente, o édito condenatório.

Relativamente à almejada aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, assim se posicionou a Corte impetrada:

*Prosseguindo com o enfrentamento dos pleitos alternativos, no que diz respeito ao pedido de redução da reprimenda, com a aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, outrossim, melhor sorte não socorre ao apelante. A propósito, elucide-se que resta inviável se cogitar a possibilidade de retroação do novel diploma legal, haja vista não se caracterizar como a normatividade mais benéfica ao recorrente, já que tanto a sanção corpórea mínima estabelecida para o crime de tráfico, como a pena pecuniária que a acompanha, se afiguram mais gravosas ao réu [...]*

*Assim, verifica-se que, não obstante exista posicionamento contrário (teoria da ponderação diferenciada), não se mostra cabível proceder-se à segregação da norma do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, da sua previsão contida no respectivo caput, porquanto, assim decidindo, o Poder Judiciário invadiria a seara de competência do Poder Legislativo, ferindo o princípio da Separação dos Poderes e criando uma regra advinda da fusão da nova norma (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) com a lei revogada (art. 12, da Lei nº 6.368/76). (fls. 505)*

Inicialmente, ressalvo meu posicionamento no sentido da possibilidade de aplicação dos ditames mais benéficos da nova Lei de Tóxicos aos fatos cometidos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriormente à sua vigência, mesmo quando já transitada em julgado a sentença condenatória, à luz do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, constitucionalmente previsto (art. 5º, XL, da CF), e em observância ao que dispõe o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, assim redigido: *"A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado"*.

Prevê o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06:

*§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

O crime definido no caput do art. 33 da nova legislação de tóxicos, é praticamente o mesmo pelo qual foi condenado o paciente - art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76 -, modificando o legislador tão somente as penas mínima e máxima cominadas abstratamente para o delito, que foram elevadas para 5 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

Evidente, destarte, que a nova causa de especial diminuição da reprimenda seria perfeitamente aplicável ao caso em exame, posto que se trata de norma de caráter preponderantemente penal, e, sendo mais benéfica, incide imediata e retroativamente aos crimes cometidos anteriormente a sua vigência, independentemente da fase em que se encontrem, inclusive com sentença transitada em julgado, já em sede de execução.

Nesse vértice é a lição de FERNANDO CAPEZ, ao comentar as hipóteses de aplicação de lei posterior, consoante o disposto no art. 2º e seu parágrafo único, do Código Penal, e no art. 5º, XL, da Carta Magna:

*"b) 'Novatio legis in melius': é a lei posterior (novatio legis) que, de qualquer modo, traz um benefício para o agente no caso concreto (in melius). A lex mitior (lei melhor) é a lei mais benéfica, seja anterior ou posterior ao fato. Quanto posterior, recebe o nome indicado neste item, significando nova lei em benefício do agente. Tanto na hipótese da abolitio criminis quanto na da alteração in melius, a norma penal retroage e aplica-se imediatamente aos processos em julgamento, aos*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*crimes cuja perseguição ainda não se iniciou e, também, aos casos já encerrados por decisão transitada em julgado. Qualquer direito adquirido do Estado com a satisfação do jus puniendi é atingido pela nova lei, por força do imperativo constitucional da retroatividade da lex mitior (art. 5º, XL)" (Curso de Direito Penal, Parte Geral, 10ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55).*

A jurisprudência deste Superior Tribunal não diverge, leia-se:

*"CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 18, INCISO III, DA LEI N.º 6.368/76. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 11.343/2006. ABOLITIO CRIMINIS. CAUSA DE AUMENTO AFASTADA DA CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NORMA DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. ORDEM CONCEDIDA.*

*"1- A nova Lei de Tóxicos revogou expressamente a causa de aumento de pena anteriormente disposta no art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, consistente na associação eventual para o tráfico configurando, assim, abolitio criminis.*

*"2- A aplicação retroativa da lex mitior é imperativo constitucional (artigo 5º, XL da Constituição da República e art. 2º do Código Penal), devendo, portanto, ser afastada da condenação do acusado, a referida causa de aumento de pena.*

***"3- A Carta Magna não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna e o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, lei posterior de qualquer modo mais favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores.***

***"4- A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.***

*"5- Ordem concedida, para reformar a dosimetria da pena imposta ao paciente, excluindo de sua condenação a majorante do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, decorrente da associação eventual para o tráfico, e determinar, ainda, que seja analisada a possibilidade de redução da reprimenda de um sexto a dois terços, com base no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (HC n. 83.716/SP, rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Quinta Turma, j. em 6-9-2007 - grifamos).*

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NORMA DE DIREITO PENAL MATERIAL. RETROATIVIDADE.*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"1 - Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente diante do transporte, por longa distância, de grande quantidade de substâncias entorpecentes - 276,5 kg de maconha e 123 esferas de haxixe -, com observância do art. 59 do Código Penal, inexistente constrangimento ilegal.

"2 - É de rigor a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, haja vista tratar-se de norma de direito penal material que beneficia o réu, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma lei, disposição prejudicial - vedação à substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos -, tendo em conta o previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

"3 - Ordem parcialmente concedida" (HC n. 88.114/MS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 12-11-2007).

"CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA.

"1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

"2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6.368/1976 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/2006, não havendo óbice a essa solução por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

"3. Ordem concedida" (HC n. 82.587/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 6-5-2008).

Enfim, por ser a diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, norma penal posterior mais favorável, entendo que deve incidir em favor daqueles condenados por infração ao art. 12 da Lei n.º 6.368/76, e sobre a sanção cominada na antiga Lei Antitóxicos, vez que refuto a ideia de que o Juiz, ao aplicar princípio constitucionalmente previsto, que é o da retroatividade da lei nova mais benigna, estaria, no caso do art. 33, § 4º, criando uma terceira lei, sob pena de, assim considerando, negar vigência a preceito superior, contido na Constituição, e reproduzido na lei federal.

Mister destacar que a colenda Sexta Turma, julgando o *Habeas Corpus*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 90.350/SP, em voto paradigma, decidiu que é possível a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, feita sobre a pena cominada na Lei n.º 6.368/76, afastando ainda a hipótese de criação de uma terceira lei no caso, veja-se:

*"CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA E CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PELO ABERTO, DESDE O INÍCIO.*

***"É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.***

*"É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o crime de tráfico de drogas foi cometido na vigência da Lei 6368/76 e o apenado reúne os requisitos para sua obtenção.*

***"Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto"* (HC n. 93.291/SP. rel. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJMG), j. em 25-3-2008).**

Esta egrégia Quinta Turma, entretanto, vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei n.º 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei n.º 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena cominada ao delito do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Nesse sentido:

*"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS. PENA CONCRETIZADA EM 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CRIME DE TRÁFICO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA A ACUSADA OU SENTENCIADA. [...]. ORDEM CONCEDIDA.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**"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, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.**

**"2. Embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal Brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a sua aplicação retroativa à aquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76, pois o Magistrado que assim procede está, em verdade, cindindo leis para criar uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída por via de interpretação.**

**"3. Na hipótese, o § 4o. faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.**

**"4. A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2o. do CPB e 5o., XL da CF/88), sem todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor à acusada ou sentenciada.**

**"[...].**

**"9. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer a paciente, [...]" (HC n. 96.242/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. em 20-5-2008 - o grifo é nosso).**

**"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. [...]. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CASO O APENADO SATISFAÇA OS REQUISITOS LEGAIS. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVAMENTO DA PENA DE MULTA.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OPÇÃO PELO APENADO.

"[...].

**"2. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmutar-se em legislador ordinário, criando lei nova.**

**"3. Encaixando-se a hipótese no disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos reduz-se para menos de 03 anos, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga. Já a pena de multa sofre um significativo aumento: passa de 50 para 166 dias-multa.**

**"4. Nesse contexto, não se pode dizer, a priori, se a aplicação da lei nova é ou não mais gravosa, tendo em vista a discrepância quanto ao valor dos bens jurídicos protegidos: liberdade e patrimônio, restando, desse modo, como ultima ratio, a possibilidade de escolha pelo condenado, que deverá optar entre o regramento antigo e o atual.**

**"5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de origem examine a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, fixando, se for o caso, o percentual de redução (de 1/6 a 2/3), o qual deverá incidir sobre o caput do mesmo artigo, facultando-se, contudo, a opção entre o regramento antigo e o atual" (HC n. 83.146/DF, rel. Ministra LAURITA VAZ, j. em 27-3-2008 - negritamos).**

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

**[...]**

**"2. Praticado o delito em 5/11/04 – portanto, antes do advento das Leis 11.343/06 e 11.464/07 – e sendo a pena-base fixada no mínimo legal, o regime de cumprimento de pena deve ser o inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, possibilitando ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

**"3. Pela interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, verifica-se que a nova tipificação das condutas, anteriormente definida no art. 12 da Lei 6.368/76, tem como preceito secundário um espectro de pena que varia de 20 (vinte) meses a 15 (quinze) anos de reclusão.**

**"4. Sendo mais benéfica ao réu, a norma penal deve retroagir à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal (novatio legis in mellius).**

**"5. Ordem concedida para reduzir a pena aplicada a 3 (três) anos de reclusão, estipular o regime aberto para o início do cumprimento da pena aplicada e possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, competindo ao Juízo das Execuções Criminais determinar as condições para a sua**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetivação.

**"Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Criminais analise se presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite da pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão" (HC n. 87.464/RS, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, j. em 13-12-2007 - grifamos)**

Assim, esclarecida a possibilidade de aplicação retroativa da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei n.º 6.368/76, deve ser verificado o eventual preenchimento, pelo paciente, dos requisitos necessários para a concessão da benesse, quais sejam, além da primariedade e dos bons antecedentes, a não dedicação a atividades delituosas e a não integração em organizações criminosas, a serem aferidos pelo Juízo da Execução competente.

No que tange ao modo inicial de cumprimento de pena fixado, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do regime inicialmente fechado, *"tendo presente o disposto na Lei 8.072/90, artigo 2º, § 1º"*. (fls. 278)

A Corte Estadual, por sua vez, manteve o regime estabelecido pela sentença, tendo em vista que *"a Lei n.º 11.464/07 que fulminou, dentre outras disposições, a vedação da progressão de regime prevista na antiga redação da Lei nº 8.072/90, estabeleceu também que os condenados a ilícitos hediondos e assemelhados a hediondos (como no caso do tráfico de entorpecentes), deveriam ter suas penas privativas de liberdade cumpridas em regime inicialmente fechado"* (fls. 507).

Consta da exordial acusatória que o crime de tráfico de drogas imputado ao paciente ocorreu em **13-8-2004**, 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, em tese, 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





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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, presente a ilegalidade aventada na inicial, visto que 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*.

Entretanto, na hipótese que se apresenta, não obstante a afirmação contida no aresto impetrado de que o regime fechado estava de acordo com o estabelecido na Lei 11.464/07, inaplicável no caso, verifica-se que a forma mais gravosa de execução da sanção foi imposta ao paciente **também** em razão da gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela considerável quantidade de droga apreendida em poder do paciente - **3 (três) tabletes de erva prensada, contendo aproximadamente 1 kg (um quilograma) de "maconha", que comprovou-se seriam destinadas ao comércio proscrito** (fls. 30 e 274-276).

Contudo, e não obstante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - culpabilidade e quantidade de droga apreendida (1 kg de maconha) (fls. 277-278) - **mostra-se desproporcional**, no caso concreto, a imposição do regime inicial fechado quando a pena foi fixada definitivamente em patamar não superior a 4 (quatro) anos de reclusão e o paciente é primário, sendo devido o estabelecimento do modo semiaberto, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do CP, observado o disposto no art. 42 da nova Lei de Drogas.

A propósito:

**HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART.12, CAPUT, E ART. 14 DA LEI 6.368/76). 550 GRAMAS DE MACONHA.PENA-BASE (TRÁFICO): 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, ALÉM DE MULTA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA PENA DO DELITO DE TRÁFICO NO MÍNIMO LEGAL E DE RECONHECIMENTO DO BENEFÍCIO DO ARTIGO 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL: CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SIMPLES MENÇÃO AO SENSO DE REPROVAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA. PRECEDENTES. INVIABILIDADE, TODAVIA, DE A PENA SER FIXADA NO MÍNIMO LEGAL DADA A EXPRESSIVA QUANTIDADE**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE DROGA APREENDIDA. NOVA PENA: 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL QUE DEVE SER ESTABELECIDO SEGUNDO O ART. 33 DO CPB. PRECEDENTES DO STJ E STF. REGIME ADEQUADO: SEMIABERTO. INADMISSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA REDUTORA DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. WRIT CONCEDIDO PARCIALMENTE, PARA ADEQUAR O APENAMENTO DO PACIENTE QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO E ESTABELECE O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. Não tendo o Juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavorável ao condenado a sua culpabilidade, limitando-se a dizer que agiu com potencial consciência da ilicitude, de rigor a redução da pena-base nesse ponto.

2. Todavia, inviável o estabelecimento da sanção no mínimo legal, dada a expressiva quantidade da droga apreendida, mais de meio quilo de maconha, o que torna efetivamente desfavorável a circunstância relativa às consequências do crime, tal como apontado pelo Tribunal Estadual; assim, fixa-se a pena-base em 4 anos de reclusão.

3. Este STJ acolhe o entendimento de que, após o STF declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, a fixação do regime prisional para condenados por tráfico de drogas na vigência da Lei 6.368/76, à falta de dispositivo legal normativo próprio, deve ser feita à luz do que determina o art. 33 do CPB (HC 71.787/SC, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES, DJU 03.11.08).; na hipótese, reconhecida circunstância judicial desfavorável, o regime adequado deve ser o semiaberto.

4. Se as instâncias ordinárias, às quais é privativa a análise minuciosa dos fatos e provas, reconheceram que o paciente se dedicava ao comércio de drogas, tanto que foi condenado também pelo delito de associação para o tráfico, inviável a redução pretendida com fulcro no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

5. O Habeas Corpus é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inc. LXVIII).

6. Habeas Corpus concedido em parte para, mantida a condenação do paciente, fixar a pena do crime de tráfico em 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 100 dias-multa, mantido, no mais, o acórdão condenatório.

(HC 181.805/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 09/08/2011)

Quanto à almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, este Superior Tribunal, ao tratar da matéria, vem destacando a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade da permuta nos delitos cometidos na vigência da Lei n. 6.368/76, após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei 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 11.343/06, que legalizou a possibilidade de progressão, pelo que não mais subsistiria o fundamento para impedir a permuta, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

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

*"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ PRIMÁRIA, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.*

*"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, 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).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Contudo, na hipótese, observa-se que a Corte Estadual entendeu inviável proceder-se à permuta, ressaltando que *"o inciso III e o § 3º, ambos do art. 44 do CP, condicionam as hipóteses de cabimento da almejada substituição às noções de suficiência e recomendabilidade social"* (fls. 507).

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 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, haja vista, como já afirmado, a gravidade concreta do delito cometido, dada a grande quantidade de droga encontrada em poder do agente, o que evidencia que, *in casu*, a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

Nesse norte, o seguinte precedente, deste Superior Tribunal de Justiça:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. PACIENTES CONDENADOS A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO E SESENTA 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 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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.

Ante o exposto, **concede-se parcialmente a ordem**, apenas para afastar o óbice à aplicação do previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 ao delito em questão, determinando que o Juízo da Execução competente analise o preenchimento dos requisitos previstos para a incidência da minorante, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer o paciente, fixando ainda o regime semiaberto para o cumprimento da pena, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0097081-2

**HC 174.379 / PR**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200477310      4530430

EM MESA

JULGADO: 15/09/2011

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : ROBERTO BRZEZINSKI NETO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ  
PACIENTE : GUILHERME FERNANDO RAMPO

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, que ressaltou entendimento pessoal."

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.