



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.530 - SP (2010/0069998-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ANDRÉ RICARDO DE LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO ROBERTO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 6.368/76 (ART. 12, *CAPUT*). DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE QUE O USO DE DROGA NÃO PODE AGRAVAR A PENA A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. SITUAÇÃO FÁTICA NÃO OCORRIDA NOS AUTOS. CONSIDERAÇÃO DA REINCIDÊNCIA QUE, NA VERDADE, DEU-SE EM RAZÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE, E NÃO POR USO. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCENTE. ESTABELECIMENTO DE REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA VINCULANTE N.º 26/STF. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. CRIME COMETIDO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/2007. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA (*LEX GRAVIOR*). INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENADO REINCENTE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO SOMENTE PARA FIXAR COMO REGIME PRISIONAL INICIAL O SEMIABERTO.

1. Não há constrangimento ilegal no agravamento da pena a título de reincidência se tal consideração ocorreu por anterior prática de crime de tráfico, e não pelo mero uso de drogas, conforme alega a Defesa.

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à minguia de qualquer uma dessas condições – como no caso, em que o Paciente é reincidente –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, afastou-se do ordenamento jurídico a vedação à progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. Acerca da controvérsia a Suprema Corte editou, inclusive, a Súmula Vinculante n.º 26.

4. Outrossim, cometido o crime de tráfico ilícito de entorpecentes sob a égide da Lei n.º 6.368/1976, a previsão constante da Lei n.º 11.464/2007 segundo a qual o cumprimento da pena privativa de liberdade nos crime hediondos iniciar-se-á em regime inicial fechado (inclusive posteriormente reputada inconstitucional pelo STF, *incidenter tantum*, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI), não pode retroagir em prejuízo do réu (*lex gravior*).

5. Tendo em vista tratar-se de Condenado à sanção definitiva de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e não havendo, por parte do Tribunal a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quo, quaisquer considerações negativas acerca das circunstâncias judiciais, faz este jus a iniciar a pena em regime semiaberto. Súmula n.º 269 desta Corte.

6. A configuração da reincidência impede a substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, inciso II, do Código Penal.

7. Ordem parcialmente concedida, para fixar como inicial o regime prisional semiaberto.

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.530 - SP (2010/0069998-5)

IMPETRANTE : ANDRÉ RICARDO DE LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO ROBERTO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCELO ROBERTO DA SILVA – condenado pela prática do delito previsto no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76, às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa –, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Paciente.

O ora Impetrante pretende, em síntese, liminarmente e no mérito, seja afastada a agravante da reincidência, aplicada a causa de diminuição prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, fixado o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituída essa por reprimenda restritiva de direitos.

Indeferi a liminar à fl. 63, ocasião em que dispensei as informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 69/76, pela concessão parcial, tão somente para que a pena tenha o cumprimento iniciado em regime prisional semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.530 - SP (2010/0069998-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 6.368/76 (ART. 12, *CAPUT*). DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE QUE O USO DE DROGA NÃO PODE AGRAVAR A PENA A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. SITUAÇÃO FÁTICA NÃO OCORRIDA NOS AUTOS. CONSIDERAÇÃO DA REINCIDÊNCIA QUE, NA VERDADE, DEU-SE EM RAZÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE, E NÃO POR USO. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. ESTABELECIMENTO DE REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA VINCULANTE N.º 26/STF. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. CRIME COMETIDO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/2007. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA (*LEX GRAVIOR*). INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENADO REINCIDENTE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO SOMENTE PARA FIXAR COMO REGIME PRISIONAL INICIAL O SEMIABERTO.

1. Não há constrangimento ilegal no agravamento da pena a título de reincidência se tal consideração ocorreu por anterior prática de crime de tráfico, e não pelo mero uso de drogas, conforme alega a Defesa.

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições – como no caso, em que o Paciente é reincidente –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, afastou-se do ordenamento jurídico a vedação à progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. Acerca da controvérsia a Suprema Corte editou, inclusive, a Súmula Vinculante n.º 26.

4. Outrossim, cometido o crime de tráfico ilícito de entorpecentes sob a égide da Lei n.º 6.368/1976, a previsão constante da Lei n.º 11.464/2007 segundo a qual o cumprimento da pena privativa de liberdade nos crime hediondos iniciar-se-á em regime inicial fechado (inclusive posteriormente reputada inconstitucional pelo STF, *incidenter tantum*, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI), não pode retroagir em prejuízo do réu (*lex gravior*).

5. Tendo em vista tratar-se de Condenado à sanção definitiva de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e não havendo, por parte do Tribunal *a quo*, quaisquer considerações negativas acerca das circunstâncias judiciais, faz este jus a iniciar a pena em regime semiaberto. Súmula n.º 269 desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. A configuração da reincidência impede a substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, inciso II, do Código Penal.

7. Ordem parcialmente concedida, para fixar como inicial o regime prisional semiaberto.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

Colhe-se dos autos que o Paciente, preso desde 09/08/2008, foi abordado enquanto trazia consigo, para fins de comércio, 40,36 g (quarenta gramas e trezentos e sessenta miligramas) de *cocaína*.

Inicialmente, o Impetrante insurge-se contra a majoração da pena na segunda fase da dosimetria da pena. Requer seja afastada a agravante, sob o fundamento de que a condenação anterior deu-se pelo mero uso de drogas, o que não pode ser considerado a título de reincidência.

No entanto, a valoração da reincidência encontra amparo em anterior condenação do Paciente por tráfico, apurada no processo-crime n.º 1.081/02, da Comarca de Sorocaba/SP, cujo trânsito em julgado deu-se em 21/03/2003, conforme percutientemente esclareceu o Ministério Público Federal, em sua manifestação.

Portanto, a situação fática narrada na inicial não encontra suporte na documentação dos autos.

Nesse sentido:

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVAÇÃO FUNDAMENTADA. AUMENTO NA SEGUNDA ETAPA POR FORÇA DA REINCIDÊNCIA. MAJORAÇÃO JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS. 59 DO CP, 5º, XLVI, E 93, XI, DA CF/88. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. À luz dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, bem como dos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF/88, não há o que se falar em nulidade da sentença quando foram apontados, clara e precisamente, os motivos pelos quais considerou-se desfavoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, justificando a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal, bem como para o aumento procedido na segunda fase da dosimetria, haja vista o reconhecimento da reincidência.

2. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, podendo-se afirmar o mesmo no tocante às circunstâncias legais, pois não há como estabelecer frações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou dar valores específicos para efetuar os aumentos ou diminuições delas decorrentes, a míngua da existência de critérios legais nesse sentido, exigindo-se apenas, em ambas as fases, a devida motivação.

[...]

2. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para reconhecer em favor do paciente a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a reprimenda que lhe foi imposta, que resta definitiva em 12 (doze) anos de reclusão e pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnados." (HC 182486/MG, Rel. Min. JORGE MUSSI, 5ª Turma, DJe 11/10/2012).

Quanto à alegação de que na hipótese deveria ter sido aplicada a causa de diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, sorte também não assiste à Defesa.

Ora, são condições para que o Condenado faça jus à referida causa de diminuição de pena: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Portanto, se não estão preenchidos conjuntamente todos os requisitos legais – como no caso, em que o Paciente é reincidente – , não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

Por oportuno, transcrevo as seguintes ementas:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. AGENTE REINCENTE E DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS. ALEGAÇÃO DE DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DOS EFEITOS PRÓPRIOS DO INSTITUTO DA REINCENTÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Constatando-se a ocorrência da reincidência, ausente ilegalidade na não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, haja vista o não preenchimento de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário.

[...]

2. Ordem denegada, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à imposição de regime diverso do fechado para o início do resgate da sanção." (HC 242.769/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA DJe de 21/09/2012.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS E REINCENTÊNCIA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E DEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Na espécie, a instância ordinária findou por afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da reincidência específica do paciente e de sua dedicação às atividades criminosas.

3. Para concluir em sentido diverso - sobre a dedicação à prática delituosa -, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

4. A reincidência, uma vez reconhecida, pode ser utilizada como fundamento para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Da mesma forma, não há que se falar in idem na sua consideração como critério para exasperação da pena, pois se tratam de efeitos diversos dados a esse instituto, considerados em etapas distintas da fixação da pena. Precedentes.

5. Em decorrência da não aplicação da referida minorante, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

6. A pena imposta e a reincidência do paciente, conduzem à necessidade de manutenção do regime prisional fechado para o início da expiação.

7. *Ordem denegada.*" (HC 237.214/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012)

Há constrangimento, porém, quanto ao regime prisional fixado.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, acrescida de 1/6 em razão da reincidência. Entretanto, o Juízo Sentenciante estabeleceu como regime prisional o integralmente fechado, nos seguintes termos (fl. 43):

"Considerada a natureza gafe do delito, assemelhado aos hediondos, exige-se a fixação do regime integralmente fechado, vedada a concessão de benefícios legais, por expressa previsão legal (Lei 8.072/90). Ressalto que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir a progressão de penas, não tem efeito vinculante e é passível de modificação."

Tal determinação não foi alterada pelo Tribunal *a quo*, que se limitou a mencionar o que se segue (fl. 50):

"Quanto ao regime de prisão, em face do que decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus de nº 82.959 - SP, onde se declarou a inconstitucionalidade da norma posta no parágrafo 1º, artigo 2º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8072/90, faculta-se requerer a progressão, oportunamente, no juízo da execução da sentença"

Com efeito, diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90 e, após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, afastou-se do ordenamento jurídico a vedação à progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

Acerca da controvérsia editou-se, inclusive, a Súmula Vinculante n.º 26/STF, *in verbis*:

"Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico." (grifei)

Portanto, a pena não pode ser cumprida em regime **integralmente** fechado.

Prosseguindo, a pena sequer pode ser iniciada no referido regime.

O crime em comento foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76. No entanto, a previsão constante da Lei n.º 11.464/07 segundo a qual o cumprimento da pena privativa de liberdade iniciar-se-a em regime inicial fechado, independentemente do *quantum* de pena aplicado (inclusive posteriormente reputada inconstitucional pelo STF, *incidenter tantum*, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI), por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu (*lex gravior*). Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO. TESE DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. DECISÃO PLENÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA VALIDADE DA INSTITUIÇÃO DE CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS FORMADAS MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU, PELO SISTEMA DE VOLUNTARIADO (HC N.º 96.821/SP, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI). NECESSIDADE DE REVISÃO DO ANTERIOR ENTENDIMENTO DESTA TURMA. ORDEM DENEGADA, RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. DIREITO AO REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO E À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

4. Verificado que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/2007 – que estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em regime inicial fechado, independentemente do quantum de pena aplicado –, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

[...]

7. Ordem parcialmente concedida para, mantida a quantidade de pena imposta nas instâncias ordinárias, fixar o regime aberto para o cumprimento da reprimenda e substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, à luz do art. 44 do Código Penal, diante das peculiaridades do caso, benesse que estendo à corré KELI KAROL NICOLAU, por se encontrar em idêntica situação, nos termos do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal (HC 157266/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2011)"

No caso, a dosimetria da pena restou assim procedida pelo Tribunal *a quo* (fl. 50):

"Contudo, conforme bem salientou a digna Procuradoria Geral de Justiça, a pena determinada na sentença comporta reparos.

Não se pode utilizar folha policial de antecedentes, para concluir pela existência de condenações anteriores. Estas somente se provam por certidão nos autos e, para isso, há, tão-somente, aquela que demonstra a reincidência (fl. 68), decorrente de um processo único. Portanto, posta a pena-base no mínimo de 3 anos de reclusão, deve ser acrescida de 1/6, conforme usualmente se determina nessas situações. Assim, a pena final resta em 3 anos e 6 meses de reclusão, além de 58 dias-multa.

Observe-se que o acréscimo decorrente do artigo 18, IV, pela proximidade do local do tráfico com estabelecimento escolar, pressupõe o funcionamento normal deste último. A razão da maior censurabilidade do injusto-típico assim realizado, está no fato de que as pessoas que o freqüentam comporiam o público alvo do comércio, o que se busca evitar. Contudo, se a prisão ocorreu próximo de lh da manhã, quando por certo a escola encontrava-se fechada e seus alunos, professores e serventes já se haviam deslocado para as residências, não há porque fazer incidir o aumento."

Daí, tendo em vista tratar-se de Condenado à sanção definitiva de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e não havendo considerações negativas acerca das circunstâncias judiciais, faz este jus ao regime inicial semiaberto, consoante a orientação da Súmula 269/STJ, *in verbis*:

"É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1º, DA LEI N.º 8.072/90. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. SÚMULA 269/STJ.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, por parte do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que para definir o regime prisional cabível aos condenados por crime de tráfico, cometidos sob a égide da Lei n.º 6.368/76, devem ser observados os parâmetros estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

2. Hipótese em que o paciente é reincidente e a sanção corporal foi aplicada em 3 (três) anos e 6 (meses) de reclusão. A pena-base foi fixada no mínimo legal por não existirem circunstâncias desfavoráveis, sendo aumentada na fração de 1/6 (um sexto) pela agravante da reincidência.

3. Atendendo aos ditames dos arts. 9, III, e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal, é suficiente para reprovação do crime a imposição do regime semiaberto, a teor do que dispõe o enunciado da Súmula n.º 269/STJ.

4. Ordem concedida." (HC 160172/SP, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU – Desembargador convocado do TJ/RJ –, QUINTA TURMA, Turma, DJe 22/06/2012)"

Por fim, relativamente ao alegado direito à substituição das penas, cumpre ressaltar que não há qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes praticados na vigência da Lei n.º 6.368/76, bastando que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Contudo, no caso em apreço, não se mostra possível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos.

No ponto, esclareceu o Tribunal de origem o que se segue (fl. 50):

"[...] não cabem, também, os benefícios do artigo 33, § 4.º da nova Lei 11.343/06, posto que a recidiva o proíbe."

Ora, segundo as disposições do art. 44, do Código Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 9.714/98, **somente** poderá ser deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se o condenado não for reincidente e a culpabilidade, conduta social, a personalidade, os motivos e circunstâncias do crime indicarem ser necessária e suficiente a medida.

Assim, a reincidência do réu, por si só, impede a concessão a substituição da pena, nos termos do art. 44, inciso II, do Código Penal.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE RECEPÇÃO. PROCESSUAL PENAL. AFIRMAÇÃO DE QUE A DENÚNCIA BASEOU-SE EM PROVAS ILÍCITAS, EM RAZÃO DE INDEVIDA AMPLIAÇÃO DO OBJETO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO JUDICIAL QUANDO DO CUMPRIMENTO DE DILIGÊNCIA. EXPEDIÇÃO UNICAMENTE PARA BUSCA E APREENSÃO DE ARMAS. TESE NÃO ACOLHIDA. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. POSSIBILIDADE DE SE RECOLHEREM BENS EVIDENTEMENTE UTILIZADOS PARA O COMETIMENTO DE CRIMES. NULIDADE NÃO VERIFICADA. ALEGADA INOCÊNCIA. REEXAME DE PROVAS INCABÍVEL NA VIA ELEITA. ACUSADO RECONHECIDAMENTE REINCIDENTE. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

4. *Inexiste o apontado constrangimento ilegal decorrente da ausência de cominação do regime aberto, tendo em vista que, muito embora tenha sido a pena-base fixada no mínimo legal, o Paciente é reincidente. Nesse contexto, mostra-se adequada a fixação do regime prisional semiaberto, consoante a inteligência do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal.*

5. *É vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ao reincidente específico, por expressa disposição do § 3.º do art. 44 do Código Penal.*

6. Habeas corpus *denegado*" (HC 172.319/SP, Rel. Min. LAURITA VA, QUINTA TURMA, DJe 02/10/2012.)

Ante todo o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação determinada nas instâncias ordinárias, fixar como regime prisional inicial o semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0069998-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 169.530 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10517413

6020120040256872 8792004

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **ANDRÉ RICARDO DE LIMA**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **MARCELO ROBERTO DA SILVA (PRESO)**

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.