



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.037 - SP (2010/0142211-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : FABRICIO BUENO VIANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO ANSELMO GAUDÊNCIO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA, VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR INIMPUTÁVEL. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. 1/2 (METADE). CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto, bem como a considerável quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas com o paciente, que contou com a participação de menor de idade na empreitada delitiva.

3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO SOMENTE EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo diploma legal, 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 Penal.

2. A gravidade inerente ao delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

TRÁFICO DE DROGAS COM O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. VIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO EM PARTE DEMONSTRADO.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

2. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal, constatada, contudo, a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por medidas alternativas, deve ser afastado o óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido, **para afastar o óbice legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado**, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime inicial mais benéfico.

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

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.037 - SP (2010/0142211-0)

IMPETRANTE : FABRICIO BUENO VIANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO ANSELMO GAUDÊNCIO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de RENATO ANSELMO GAUDÊNCIO contra acórdão proferido pela 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao apreciar o recurso de Apelação nº 990.09.135911-4, negou provimento ao reclamo defensivo e deu parcial provimento ao apelo ministerial para condenar o paciente à pena de **2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, pela prática da conduta prevista no art. 33, § 4º, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06.**

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto sendo o paciente primário, de bons antecedentes, não integrando organização criminosa e tampouco se dedicando a atividades ilícitas, faria jus à causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

Alega que a quantidade e a variedade da droga apreendida já teriam sido valoradas na primeira fase da dosimetria da pena, a teor do que dispõe o art. 42 da Lei Antitóxicos, razão por que não poderia influir no *quantum* de diminuição da supra-citada causa especial, sob pena de *bis in idem*.

Argumenta que a imposição do regime inicial fechado com fundamento exclusivo na disposição legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a redação conferida pela Lei n.º 11.464/07, violaria os princípios da individualização da pena, da culpabilidade e da proporcionalidade.

Pondera que após a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei Antitóxicos pelo Supremo Tribunal Federal tornou-se possível a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a fração máxima da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, bem como seja fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.037 - SP (2010/0142211-0)

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 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática da conduta prevista no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque, **no dia 13-9-2008**, foi flagrado, juntamente com menor inimputável, trazendo consigo *"para entrega a terceiro de qualquer forma, para fins de tráfico, drogas, substâncias que causam dependência física e psíquica, consistente em 6 gramas de cocaína embaladas em 8 invólucros, 12,8 gramas de crack acondicionadas em 32 invólucros e 16,4 gramas de maconha acondicionadas em 8 invólucros"* (e-STJ fls. 13).

Inconformadas, as partes interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de origem, a qual negou provimento ao reclamo defensivo e deu parcial provimento ao apelo ministerial para alterar a pena do paciente para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, pela prática da conduta prevista no art. 33, § 4º, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06.

Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

Relativamente ao *quantum* de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o juiz sentenciante aplicou a referida causa especial de diminuição na fração de 2/3 (dois terços), apontando os seguintes fundamentos, *in verbis*:

*"Verifico que a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 está caracterizada.
Não há prova que o acusado se dedique às atividades*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*criminosas e tampouco há elementos nos autos que comprovem ou sequer indiciem, que o acusado integre organização criminosa. Assim, **reduzo a pena em dois terços, fixo, pois a pena em um ano e oito meses de reclusão**, que deverá ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, tendo em vista as circunstâncias referidas e o tempo de prisão cautelar" (e-STJ fls. 19).*

A Corte impetrada, por sua vez, ao dar parcial provimento ao apelo ministerial, reduziu a fração da referida causa de redução de pena para 1/2 (metade), pelos seguintes fundamentos:

"Na hipótese, faz jus o apelante ao benefício previsto no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, pois o próprio julgador monocrático, na r. sentença reconheceu que não existem provas concretas de habitualidade delitiva ou de sua participação em organização criminosa. Salvo o caso dos autos, não há provas de outros envolvimentos ilícitos do réu (fls. 118).

A teor do preconizado pelo artigo 42 da Lei de Tóxicos, a citada causa de diminuição deverá levar em conta as circunstâncias do caso concreto, sobretudo a quantidade de drogas apreendida e a sua potencialidade lesiva.

*Assim, aplico a redução de **1/2 (metade)**, tendo em vista a quantidade apreendida, 06 gramas de cocaína embaladas em 08 invólucros, 12,8 de 'crack' acondicionados em 32 invólucros e 16,4 gramas de maconha acondicionados em 08 invólucros" (e-STJ fls. 62).*

Cumprе esclarecer que, no tocante aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução da reprimenda pela causa especial em questão, esse Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que: *"Se o legislador da Lei n.º 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas" (HC n.º 118.098/RS, Relator(a) Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 9-12-2008).*

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: *"O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"*.

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que reduziu para **1/2 (metade) o quantum de redução de pena insculpido no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06**, tendo em vista que a natureza, a diversidade e a quantidade de droga apreendida - **6 gramas de cocaína embaladas em 8 invólucros, 12,8 gramas de crack acondicionadas em 32 invólucros e 16,4 gramas de maconha acondicionadas em 8 invólucros** - além de o crime ter sido praticado na companhia de menor inimputável, justificam a aplicação de fração da redução no patamar estabelecido, sobretudo em razão da empreitada criminosa ter envolvido a participação de menor inimputável.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 416 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/6 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA (3 PEDRAS DE CRACK, 42 BUCHAS E 1 TABLETE DE MACONHA - TOTALIZANDO MAIS DE 100 GRAMAS) E CONDUTA SOCIAL (EXERCÍCIO DA PRÁTICA DELITIVA COMO MEIO DE SOBREVIVÊNCIA). ART. 42 DA LEI 11.343/06. PRECEDENTES. DELITO OCORRIDO APÓS A VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO PARA A CONCESSÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas) permite a redução da pena de 1/6 até 2/3 para o condenado por tráfico, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em penas restritivas de direito.

2. **Embora o paciente seja tecnicamente primário, a quantidade e o tipo da droga apreendida, bem como a conduta social (exercício da prática delitiva como meio de sobrevivência) justificam a diminuição em 1/6, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.**

3. Os fatos que ensejaram a propositura da ação penal ocorreram em 21.01.2008, ou seja, após a vigência da Lei 11.464/07, que, para todos os condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, impõe a fixação do regime inicial fechado.

4. Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que o paciente não possui o requisito objetivo necessário a fim de obter a concessão da substituição da pena por restritiva de direitos, posto que a pena aplicada foi superior a 4 anos.

5. Parecer ministerial pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

(HC 175.907/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 19/04/2011)

Apenas ressalte-se que, ao contrário do afirmado na impetração, não se pode dizer que implica *bis in idem* a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

1. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. **O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.**

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n. 1.069.767/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009). (Grifos próprios).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, a Corte Estadual entendeu inviável proceder-se à permuta, sob os seguintes fundamentos:

"A substituição da privativa de liberdade não é possível, porque o crime praticado pelo recorrente é grave e indica não ser a substituição medida suficientes para impor o caráter repressivo que a reprimenda deve ter" (e-STJ fls. 63).

É certo que, inicialmente, esta Quinta Turma adotou o entendimento de que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a vedação expressa contida no art. 44 da aludida norma (nesse sentido: *HC 154.799/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 27/09/2010; HC 146.032/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 13/09/2010*).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão *"vedada a conversão em penas restritivas de direitos"*, constante do § 4º do art. 33 da novel Lei de Drogas, bem como da expressão *"vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos"*, contida no art. 44 do mesmo diploma legal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Ayres Britto.

Ora, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões dos arts. 33, § 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, afigura-se possível, a princípio, a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da novel Lei Antidrogas.

Mas, para proceder-se à substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, necessário o preenchimento, pelo paciente, das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da benesse, previstas no art. 44 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que foi negada ao paciente a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos somente em razão da gravidade inerente ao delito cometido, argumento que, segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, não constitui, por si só, motivação idônea a ensejar a negativa de permuta.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO DA LEI N.º 10.409/2002. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE ALEGAÇÃO OPORTUNA. PRECLUSÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

3. A tão-só gravidade genérica do delito constitui fundamento insuficiente para negativa do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos.

4. Ordem concedida parcialmente, apenas para deferir a substituição

da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, na modalidade e condições a serem fixadas pelo Juízo da Vara das Execuções Penais. (HC n.º 75.210/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13-10-2009, DJe 14-12-2009) (grifos nossos)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (LEI DE TÓXICOS). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 44 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar o indeferimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos no art. 44 do CP. (Precedentes).

*III - Embora já esteja em vigor o dispositivo legal que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico (art. 44, caput, da Lei nº 11.343/2006), ele não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que se trata de **lex gravior**, incidindo, portanto, somente aos casos ocorridos após a sua vigência.*

Writ concedido. (HC 80.395/SP, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FISCHER, DJ de 08/10/2007.)

Desta forma, ausente qualquer empecilho legal para a substituição, deve a ordem ser concedida parcialmente nesse ponto, apenas para afastar a vedação contida nos arts. 33, § 4º e 44 da Lei n.º 11.343/06, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar o preenchimento das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da referida substituição, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado ao sentenciado, o magistrado determinou a imposição do modo inicialmente semiaberto para o resgate da reprimenda (e-STJ fls. 20). O Tribunal *a quo*, ao alterar a reprimenda do paciente, determinou o regime inicial fechado para o resgate da sanção corporal, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07 (e-STJ fl. 63).

É certo que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 estabelece a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas. Entretanto, a jurisprudência tanto das Turmas componentes da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento no sentido de que, *"nos casos possíveis de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve-se reconhecer, ainda, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção, que a estipulação do regime inicial pode ser diverso daquele determinado pelo art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, com a alteração pela Lei nº 11.464/07"* (REsp 1275705 Relator(a) Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) Data da Publicação 07/12/2011).

Nesse mesmo norte, tem-se ainda os seguintes precedentes da Quinta Turma:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Paciente, presa em flagrante delito por trazer consigo, para fins de tráfico, 12 (doze) invólucros plásticos com "cocaína", pesando aproximadamente 5,3 gramas, foi condenada às penas de 01 (um) ano e 08(oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento.

4. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

(HC 220.829/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011 - destacamos)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF.

REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS A SEREM ANALISADOS PELO JUÍZO SENTENCIANTE. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Na hipótese, apesar de a condenação ter transitado em julgado e o impetrante não ter se insurgido em sede de recurso especial, quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, no tocante à dosimetria da pena imposta ao réu, resta configurada flagrante ilegalidade, referente a questão pacificada nesta Corte, que, inclusive, já foi incidentalmente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, autorizando o exame do mérito.

III. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, manifestou-se sobre a matéria, no julgamento HC n.º 97.256 -RS, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, tendo declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambos da Lei n.º 11.343/06.

IV. Afastado o óbice previsto no art. 44 da Lei nº 11.343/06, deve ser reformado o acórdão recorrido e a sentença condenatória, a fim de que o Juízo sentenciante verifique a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantendo-se a condenação.

V. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, nos termos do voto do Relator.

(HC 205.781/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 26/08/2011 - negritamos)

E, da Sexta Turma, tem-se:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, AMBIGUIDADE OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO EMBARGADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. INADMISSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração em matéria criminal está disciplinado no artigo 619 do Código de Processo Penal, sendo que a inexistência dos vícios ali consagrados importam no desacolhimento da pretensão aclaratória.

2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. In casu, o acórdão que, diante da pena-base fixada no mínimo legal, e, com a reprimenda final estabelecida em um ano e oito meses de reclusão, fixa o regime inicial aberto, encontra-se em sintonia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a jurisprudência das duas Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Pretório Excelso. Ademais, com a declaração de inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, seria ilógico inviabilizar-se a fixação do regime inicial diferente do fechado.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 214.961/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 17/11/2011 - grifamos)

Do Supremo Tribunal Federal, em igual vértice:

Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida.

(HC 105779, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/02/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 21-02-2011 PUBLIC 22-02-2011)

Como bem anotou o Relator do HC 205.781/PR, Excelentíssimo Senhor Ministro Gilson Dipp, quando do julgamento do writ, cuja ementa foi acima transcrita:

Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que se inicie o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07 mas tão somente de adequar, afastando qualquer incongruência, a aplicação da pena e do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33, e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Assim, consoante o novo entendimento jurisprudencial acerca do tema, que agora passo a acompanhar, **sempre que possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena**, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

homenagem ao princípio da proporcionalidade, ou da razoabilidade.

Ante o exposto, **concede-se a parcialmente a ordem, para afastar o óbice legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado**, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime inicial mais benéfico.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0142211-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 181.037 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13932008

50080708382

990091359114

EM MESA

JULGADO: 28/02/2012

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 : FABRICIO BUENO VIANA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RENATO ANSELMO GAUDÊNCIO

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."

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.