



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 206.753 - SP (2011/0109935-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GEORGE DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO QUE O INICIALMENTE FECHADO: POSSIBILIDADE, 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 RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRECEDENTES DO STF E DO STJ ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. 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.

2. 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 restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ.

3. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que examine a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direito, à luz do art. 44 do Código Penal, bem assim reveja a situação do regime prisional, afastada a interpretação julgada inconstitucional pelo Plenário do STF no julgamento do HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO.

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 e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 206.753 - SP (2011/0109935-5)

IMPETRANTE : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GEORGE DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GEORGE DA SILVA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Narra a Impetrante que o ora Paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do delito tipificado no art, 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 01 ano, 10 meses e 06 dias, em regime inicial fechado e pagamento de 215 dias-multa.

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento Interposto ao recurso de apelação pelo Paciente "*para que, mantendo-se, no mais, a r. sentença, as penas que lhe foram aplicadas sejam reduzidas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, por incurso nas sanções do artigo 33, caput e parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.*" (fl. 42).

Alega, no presente *habeas corpus*, que o Paciente é primário e teve sua pena reduzida pela aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06. Pede, assim, liminarmente a fixação do regime inicial aberto. E, no mérito, a confirmação da decisão liminar e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 47/48.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 57/73, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 77/80, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 206.753 - SP (2011/0109935-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO QUE O INICIALMENTE FECHADO: POSSIBILIDADE, 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 RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRECEDENTES DO STF E DO STJ ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. 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.

2. 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 restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ.

3. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que examine a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direito, à luz do art. 44 do Código Penal, bem assim reveja a situação do regime prisional, afastada a interpretação julgada inconstitucional pelo Plenário do STF no julgamento do HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO.

VOTO

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

Busca a impetração, em síntese, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso, o juízo monocrático condenou o Paciente às penas de 01(um) ano, 10 (dez) meses e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 215 (duzentos e quinze) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]

GEORGE DA SILVA, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, porque, conforme denúncia, no dia 31 de julho de 2009, por volta das 07 horas, na Avenida Celso dos Santos nº 1036, Vila Filomena, nesta cidade e comarca, trazia consigo e guardava para entrega ao consumo de terceiros, um saco plástico com quinze invólucros contendo 9,9 gramas de cocaína, substância entorpecente capaz de determinar dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Segundo não produziu prova alguma capaz de infirmar os fatos que lhe são atribuídos na denúncia merece total acolhimento a pretensão punitiva. Assim, uma vez que a conduta do réu subsume-se ao tipo penal descrito no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, é de rigor sua condenação. Caracterizada a infração penal, passo a dosar a pena. O réu é primário, e não possui mas possui péssimos antecedentes, disse que foi internado na FEBEM, quando tinha 16 anos porque havia praticado tráfico ilícito de entorpecentes, assim atenção aos ditames do artigo 59 do Código Penal, e ainda por se tratar de tráfico ilícito de expressiva quantidade de maconha, nos termos do artigo 42, da lei 11.343/06, aumento a pena base um terço, para fixá-la em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Na segunda fase, encontram presentes circunstâncias atenuantes da menoridade, prevista no art. 65, inciso I, portanto reduzo a pena em um sexto, totalizando 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa. Na terceira fase não foram reconhecidas pena de aumento de pena, por outro lado, não há prova que o réu pertença à organização criminosa, nem tão pouco de que se dedique a atividades criminosas. Nos termos do art. 33, § 4º, da lei 11.343/2006, reduzo a pena em dois terços resultando em 01 ano, 10 meses e 06 dias de reclusão e ao pagamento de 215 dias-multa. Ausentes outras causas modificadoras torno essa pena definitiva. Fixo o dia-multa em seu valor unitário mínimo, em face da situação econômica do réu. Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva, para o fim de CONDENAR GEORGE DA SILVA, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, aplicando-lhe as penas de 01 ano, 10 meses e 06 dias de reclusão e ao pagamento de 215 dias-multa, no valor unitário mínimo, consoante o disposto no art. 43 do referido diploma legal. Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, o réu cumprirá a pena em regime inicial fechado. Em razão de estar respondendo ao processo preso, tem-se entendido que seria um contra-senso libertá-lo após a sentença que o condenou. Ademais, remanescem presentes os requisitos da custódia cautelar (art. 312 do CPP). Destarte, não poderá recorrer desta sentença em liberdade. Recomende-se o réu na prisão em que se encontra. Após o trânsito em julgado, lance-se o nome dele no rol dos culpados" (fls. 28/30).

Por sua vez, o Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação do ora Paciente, nos seguintes termos, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]

Preso em flagrante delito, quando interrogado no inquérito ele se quedou silente, para, em Juízo, mudar sua postura, para dizer que todas as porções de cocaína e crack apreendidas quando de sua detenção, em número de quinze, eram para seu próprio uso, as tendo adquirido de uma única vez, com parte de seu parco salário mensal de R\$ 600,00, como empregado de uma pizzeria cujo nome e endereço sequer indicou.

Ainda disse que, quando menor com dezesseis anos de idade, se dedicava à prática do tráfico de drogas.

Ocorre que tal alegação isolada de inocência, a par de não se coadunar com a própria qualificação dada pelo apelante a fl. 17, quanto a tratar-se de um desempregado, foi rechaçada de vez pela robusta e incisiva prova oral comum ao Ministério Público e à própria Defesa, que, além de não ter contraditado as testemunhas policiais, ao contrário, também as arrolou, a denotar, pois, interesse em suas oitivas, daí porque a validade das mesmas deve ser plena.

E ouvidos sobre o caso, em Pretório, os milicianos Anderson Mendes e Isaías Rosa São Bernardo explicaram que, em razão do imputado estar a quebrar todo o interior de sua casa, visivelmente alterado, foram chamados até lá, quando o detiveram, não sem antes observarem ele lançar fora um pacote contendo as quinze porções de crack e de cocaína fotografadas as fls. 24/25, embaladas para venda a granel, quando com ele também encontraram o papel anexado a fl. 16, contendo anotações manuscritas que são claro indicativo da venda de drogas a terceiros, tendo o policial Anderson frisado que o papel encontrava-se em um dos bolsos do réu, quando esse sofreu busca pessoal, depois do que ele admitiu no local que se destinavam à mercancia, e que se dedicava a essa.

[...]

Único reparo a ser feito, consiste na fixação de penas básicas mínimas, e não da forma exasperada de fl. 89, uma vez que, contrariamente ao alegado na r. sentença, os tóxicos não constituíam "expressiva quantidade de maconha" (fl. 89), senão pequenas quantidades de cocaína e crack. Demais, embora o apelante tenha dito ostentar antecedentes infracionais, que certamente serviriam para dar conta de seus maus antecedentes, no caso concreto a exasperação, por tal, não foi embasada em qualquer certidão oriunda da Vara da Infância e da Juventude, senão em mera informação do próprio acusado, corroborada por sua irmã.

Assim sendo, mantidas as penas básicas no mínimo legal, inclusive pela menoridade do processado, e o redutor do artigo 33, parágrafo quarto, na proporção máxima, à minguada de recurso ministerial, as reprimendas finais devem ficar estabelecidas em um ano e oito meses de reclusão, mais o pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao apelo ajuizado em favor de George da Silva para que, mantendo-se, no mais, a r. sentença, as penas que lhe foram aplicadas sejam reduzidas para 01 (um) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, por incurso nas sanções do artigo 33, caput e parágrafo 4º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei nº 11.343/06" (fls. 39/42; sem grifos no original.).

Com efeito, a ordem deve ser parcialmente concedida.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei nº 11.343/06, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

*5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente” (HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Ministro AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)*

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a assim decidir:

"PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO. PENA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Diante do quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal.

2. "A vedação da substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 conflita com o princípio da individualização - Habeas Corpus nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apreciado no Plenário, com julgamento finalizado em 1º de setembro de 2010" (HC-101.205, STF, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe de 8/10/2010.)

3. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg. no HC 121.111/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI – Desembargador convocado do TJ/SP –, DJe de 17/12/2010 – sem grifos no original.)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO NA NOVA LEI DE DROGAS. INTEGRALIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS. HC N.º 97.257/RS. AUSÊNCIA DE CÔMPUTO DA MAJORANTE. OMISSÃO VERIFICADA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a nova Lei de Tóxicos pode ser aplicada aos delitos de tráfico ilícito de drogas cometidos sob a égide do antigo diploma legal, desde que na sua integralidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Reconhecidas tais circunstâncias, é imperiosa a aplicação da aludida minorante.

3. Na hipótese, preenchidos os requisitos legais, deve ser aplicada a causa de diminuição no seu patamar máximo (2/3), conforme já afirmado no acórdão ora embargado, levando-se em consideração que foram apreendidos 13,22 g (treze gramas e vinte e dois decigramas) de "maconha".

4. O Paciente foi condenado, como incurso no art. 12, caput, c.c. o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, tendo sido mantida a majorante no art. 40, inciso III, da nova Lei de Drogas. Desse modo, faz-se necessário o cômputo dessa causa de aumento na pena reformada pelo acórdão embargado.

5. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06.**

6. Assim, no caso em apreço, levando-se em conta a nova orientação perfilhada no Pretório Excelso, deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos fixados pela Corte de origem.

7. *Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, nos termos explicitados.* (EDcl no HC 122.269/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 22/11/2010 – sem grifos no original.)

No que diz respeito ao regime de cumprimento da pena – não obstante o regime inicial fechado seja imposto 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 n.º 8.072/90 –, a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do referido HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, impõe-se, neste caso, a adequação também do regime, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, com a fixação de regime prisional mais brando, compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.

Nesse sentido, já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

"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.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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/SP, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 21/02/2011.)

E também este Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou 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 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

III. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação 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 que vedavam a substituição da pena.

IV. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como à adequação do regime prisional.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 196.199/RS, QUINTA TURMA, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 14/04/2011.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre reprisar a advertência oportunamente levantada pelo eminente Ministro GILSON DIPP, por ocasião do julgamento acima referido:

"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.

Desta forma, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições."

No caso em apreço, tendo em vista tratar-se de réu primário, de bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, com aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo, é possível que o ora Paciente preencha os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, por conseguinte, faça jus ao regime inicial aberto.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem, para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que examine a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direito, à luz do art. 44 do Código Penal, bem assim reveja a situação do regime prisional, afastada a interpretação julgada inconstitucional pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO.

É como voto..



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0109935-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 206.753 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1001634220108260000 12622009 50090609131 990101001632

EM MESA

JULGADO: 28/02/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GEORGE 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 e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.