



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.059 - SP (2010/0169759-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FÁBIO SANTOS DA SILVA
ADVOGADO : FÁBIO SANTOS DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E ASSIM CONCRETIZADA: 3 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA CORTE DE ORIGEM ACERCA DA MATÉRIA COLOCADA NO PRESENTE *WRIT*. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO, TODAVIA, CONFORME PRECEDENTES DESTA CORTE (HC 150.974/SP, DE MINHA RELATORIA, DJE 20.09.2010). DELITO NÃO HEDIONDO. REGIME INICIAL FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULAS 718/STF E 440/STJ. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO DO *WRIT* E, NESSA PARTE, PELA CONCESSÃO DA ORDEM. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA ESTABELECEER O REGIME INICIAL ABERTO, BEM COMO PARA PERMITIR QUE O JUÍZO DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DA REFERIDA SUBSTITUIÇÃO, AFASTANDO-SE A RESPECTIVA NORMA PROIBITIVA, COM A RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. Inicialmente, cabe salientar que, conforme entendimento sedimentado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 88.862/PA, relatado pelo ilustre Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, (DJU de 29.09.06), o fato de o Tribunal de Justiça Bandeirante não ter se manifestado sobre o mérito do *writ* ali impetrado não impede que esta Corte o analise, uma vez que, para a apreciação do remédio constitucional do *Habeas Corpus*, não se exige o chamado prequestionamento, mas apenas que a matéria tenha sido submetida ao Tribunal apontado como coator. Conforme salientado pelo Pretório Excelso, a própria omissão em manifestar-se sobre o pedido configura constrangimento ilegal em si, permitindo que esta Corte Superior faça-o cessar de imediato, ao invés de devolver os autos para novo julgamento, entendimento este já adotado em alguns de seus precedentes (por todos, o HC 150.974/SP, de minha relatoria, DJe 20.09.2010).

2. Conforme jurisprudência desta Corte, o crime de associação para o tráfico de entorpecentes não é considerado hediondo, razão pela qual a fixação do regime prisional inicial deve ser efetuada com fulcro no art. 33 do CPB. Este (o regime) pode, por hipótese, ser dissociado da quantidade de pena imposta, mas sempre se exigirá, nesses casos, que a decisão esteja cumpridamente fundamentada, para se evitar a sua nulidade; o automatismo do regime inicial de cumprimento da pena, como decorrência necessária do *quantum* da sanção, ofenderia o preceito da sua individualização, porquanto, no Direito Penal, não se admitem, em regra, conclusões lineares ou deslastreadas de justa fundamentação jurídica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A gravidade *in concreto* do delito pode ser dimensionada pelo seu *modus operandi*, tal se dá com o crime praticado por quadrilha armada, por exemplo, ou com emprego de arma de fogo, em que tal gravidade é manifesta, não se requerendo explanações extensas para se evidenciar o óbvio; *in casu*, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, o Magistrado não desceu ao detalhamento da dinâmica do fato, por isso que se diz de rigor a imposição do regime aberto (Súmula 440/STJ), sob o argumento de ser abstrata a gravidade.

4. A Lei de Drogas (11.343/06) dispõe que o tráfico é insuscetível de sursis e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44). Portanto, cometido o crime na sua vigência, indevida a conversão da pena ou a concessão de sursis. Por outro lado, recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

5. Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a destruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

6. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição formam o conjunto da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da pena. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.

7. O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.

8. Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, para que o Juízo da VEC avalie como entender de direito a possibilidade de substituição da pena.

9. Parecer do MPF pelo parcial conhecimento do *writ* e, nessa parte, pela concessão da ordem.

10. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecer o regime inicial aberto, confirmando a liminar antes deferida, bem como para permitir que o Juízo da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastando-se a respectiva norma proibitiva, com a ressalva do ponto de vista do Relator.

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, não conhecer do pedido e conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 28 de junho de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.059 - SP (2010/0169759-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FÁBIO SANTOS DA SILVA
ADVOGADO : FÁBIO SANTOS DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado em favor de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS, em adversidade à decisão monocrática que indeferiu medida liminar em idêntico *writ* impetrado perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado por infração à norma do art. 35 da Lei 11.343/06 (associação para o tráfico), à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 dias-multa.

3. No presente *writ*, alega o impetrante, em suma, constrangimento ilegal consistente na manutenção do regime inicial fechado, mesmo diante das circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente. Assevera, ainda, a possibilidade de substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos.

4. Deferida a medida liminar (fls. 68/70) e prestadas as informações solicitadas (fls. 135/196 e 204/209), o MPF, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República WASHINGTON BOLÍVAR JÚNIOR, manifestou-se pelo parcial conhecimento e, nessa parte, pela concessão da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO APRECIÇÃO, QUANDO DA INTERPOSIÇÃO DO PRESENTE WRIT, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 691/STF. POSTERIOR JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO, CUJO TEOR NÃO SE ENCONTRA NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. CONTUDO, ASSOCIAÇÃO PARA O CRIME DE TRÁFICO É CRIME AUTÔNOMO, NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 2º., § 1º. DA LEI 8.072/90. POSSIBILIDADE DE REGIME INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIVERSO DO REGIME FECHADO. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CP. PARECER PELO PARCIAL CONHECIMENTO E, NESSA PARTE, PELA CONCESSÃO DA ORDEM (fls. 200).

5. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.059 - SP (2010/0169759-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FÁBIO SANTOS DA SILVA
ADVOGADO : FÁBIO SANTOS DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DOS SANTOS (PRESO)

VOTO

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E ASSIM CONCRETIZADA: 3 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA CORTE DE ORIGEM ACERCA DA MATÉRIA COLOCADA NO PRESENTE WRIT. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO, TODAVIA, CONFORME PRECEDENTES DESTA CORTE (HC 150.974/SP, DE MINHA RELATORIA, DJE 20.09.2010). DELITO NÃO HEDIONDO. REGIME INICIAL FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULAS 718/STF E 440/STJ. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO DO WRIT E, NESSA PARTE, PELA CONCESSÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA ESTABELECEER O REGIME INICIAL ABERTO, BEM COMO PARA PERMITIR QUE O JUÍZO DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DA REFERIDA SUBSTITUIÇÃO, AFASTANDO-SE A RESPECTIVA NORMA PROIBITIVA, COM A RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. Inicialmente, cabe salientar que, conforme entendimento sedimentado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 88.862/PA, relatado pelo ilustre Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, (DJU de 29.09.06), o fato de o Tribunal de Justiça Bandeirante não ter se manifestado sobre o mérito do writ ali impetrado não impede que esta Corte o analise, uma vez que, para a apreciação do remédio constitucional do Habeas Corpus, não se exige o chamado prequestionamento, mas apenas que a matéria tenha sido submetida ao Tribunal apontado como coator. Conforme salientado pelo Pretório Excelso, a própria omissão em manifestar-se sobre o pedido configura constrangimento ilegal em si, permitindo que esta Corte Superior faça-o cessar de imediato, ao invés de devolver os autos para novo julgamento, entendimento este já adotado em alguns de seus precedentes (por todos, o HC 150.974/SP, de minha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relatoria, DJe 20.09.2010).

2. Conforme jurisprudência desta Corte, o crime de associação para o tráfico de entorpecentes não é considerado hediondo, razão pela qual a fixação do regime prisional inicial deve ser efetuada com fulcro no art. 33 do CPB. Este (o regime) pode, por hipótese, ser dissociado da quantidade de pena imposta, mas sempre se exigirá, nesses casos, que a decisão esteja cumpridamente fundamentada, para se evitar a sua nulidade; o automatismo do regime inicial de cumprimento da pena, como decorrência necessária do quantum da sanção, ofenderia o preceito da sua individualização, porquanto, no Direito Penal, não se admitem, em regra, conclusões lineares ou deslastreadas de justa fundamentação jurídica.

3. A gravidade *in concreto* do delito pode ser dimensionada pelo seu *modus operandi*, tal se dá com o crime praticado por quadrilha armada, por exemplo, ou com emprego de arma de fogo, em que tal gravidade é manifesta, não se requerendo explicações extensas para se evidenciar o óbvio; *in casu*, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, o Magistrado não desceu ao detalhamento da dinâmica do fato, por isso que se diz de rigor a imposição do regime aberto (Súmula 440/STJ), sob o argumento de ser abstrata a gravidade.

4. A Lei de Drogas (11.343/06) dispõe que o tráfico é insuscetível de *sursis* e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44). Portanto, cometido o crime na sua vigência, indevida a conversão da pena ou a concessão de *sursis*. Por outro lado, recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

5. Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

6. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição formam o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conjunto da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da pena. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.

7. *O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.*

8. *Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, para que o Juízo da VEC avalie como entender de direito a possibilidade de substituição da pena.*

9. *Parecer do MPF pelo parcial conhecimento do writ e, nessa parte, pela concessão da ordem.*

10. *Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime inicial aberto, confirmando a liminar antes deferida, bem como para permitir que o Juízo da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastando-se a respectiva norma proibitiva, com a ressalva do ponto de vista do Relator.*

1. *Cuida-se de mandamus em que se pretende a fixação de regime prisional inicial diverso do fechado e a substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos.*

2. *Depreende-se dos autos que o writ originário já foi julgado pela Corte a quo, do que resultou a seguinte ementa:*

Habeas Corpus. Pedido de alteração do regime de cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena estabelecido em sentença. Exigência de análise profunda das provas. Impossibilidade. O estreito âmbito do writ não permite profunda análise das provas como pretende o paciente. Questão de mérito a ser analisada no julgamento de Apelação. Ordem denegada (fls. 207).

3. Inicialmente, cabe salientar que, conforme entendimento sedimentado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 88.862/PA, relatado pelo ilustre Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, (DJU de 29.09.06), o fato de o Tribunal de Justiça Bandeirante não ter se manifestado sobre o mérito do *writ* ali impetrado não impede que esta Corte o analise, uma vez que, para a apreciação do remédio constitucional do *Habeas Corpus*, não se exige o chamado prequestionamento, mas apenas que a matéria tenha sido submetida ao Tribunal apontado como coator. Conforme salientado pelo Pretório Excelso, a própria omissão em manifestar-se sobre o pedido configura constrangimento ilegal em si, permitindo que esta Corte Superior faça-o cessar de imediato, ao invés de devolver os autos para novo julgamento, entendimento este já adotado em alguns de seus precedentes (por todos, o HC 150.974/SP, de minha relatoria, DJe 20.09.2010).

4. O crime de associação para o tráfico de entorpecentes não é considerado hediondo, razão pela qual a fixação do regime prisional inicial deve ser efetuada com fulcro no art. 33 do CPB. Confiram-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL ABERTO. POSSIBILIDADE. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. BENEFÍCIO SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL.

1. *Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440).*

2. *Considerando que o paciente é primário e que lhe foram consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no patamar mínimo -, não existe óbice ao estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da pena de 3 (três) anos de reclusão a que foi condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, delito*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

este, como se sabe, não classificado como hediondo.

3. *Não se revela socialmente recomendável, entretanto, a aplicação de medidas restritivas de direito, notadamente porque o acórdão deixou certo que o paciente dedica-se com habitualidade ao comércio ilícito de entorpecentes, dele fazendo sua profissão e meio de vida.*

4. *Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime aberto para cumprimento da pena 3 (três) anos de reclusão a que foi condenado o paciente por associação para o tráfico de drogas (HC 199.874/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 01.06.2011).*

✧ ✧ ✧

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 35, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. CONFIGURAÇÃO. ANIMUS ASSOCIATIVO ESTÁVEL E DURADOURO PARA A PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 33 E 34 DA LEI 11.343/2006. CRIME AUTÔNOMO E QUE PRESCINDE DA PRÁTICA EFETIVA DOS DELITOS QUE MOTIVARAM A ASSOCIAÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A CONDENAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NATUREZA DO DELITO NÃO HEDIONDA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI 11.343/2006.

(...).

IV - O delito de associação para o tráfico de entorpecentes, como anteriormente afirmado, é crime autônomo, não sendo equiparado a crime hediondo (Precedentes).

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

VI - O art. 44 da Lei 11.343/06 veda, expressamente, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em relação ao crime de associação para o tráfico de entorpecentes previsto no art. 35 da Lei 11.343/06 (Precedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso parcialmente provido para fixar o regime inicial aberto para resgate da reprimenda imposta ao recorrente (REsp 1.113.728/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 19.10.2009).

5. Ao meu sentir, data venia dos respeitáveis posicionamentos em contrário, o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime de início de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime que entende ser mais adequado, segundo a sua avaliação criteriosa e fundamentada. Para o estabelecimento da sanção penal (que compõe um conjunto composto pela quantidade, o tipo e a forma de cumprimento da pena) são realizadas operações intelectuais diversas, pois os propósitos de cada pedaço desse todo são distintos e inconfundíveis.

6. Da leitura dos arts. 59 e 33 do CPB ressaí que a fixação da pena envolve aspectos valorativos e quantitativos. O Juiz deve, atento às culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecer, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (i) as penas aplicáveis dentre as cominadas; (ii) a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos (segunda operação intelectual); (iii) o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (iv) a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível.

7. Assim, é possível ao Juiz, desde que de forma motivada, ao realizar todas essas operações intelectuais e em consonância com o disposto no art. 33, § 2o. e 3o. do CPB, concluir que o réu merece uma pena mais curta, mas em regime mais severo, pois que isso servirá melhor ao propósito de reprovação e prevenção do crime. O que se requer é que a decisão que estabelece o regime prisional diverso daquele em tese cabível pela aplicação pura e simples da norma esteja adequadamente motivada.

8. A gravidade *in concreto* do delito pode ser dimensionada pelo seu *modus operandi*, tal se dá com o crime praticado por quadrilha armada, por exemplo, ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com emprego de arma de fogo, em que tal gravidade é manifesta, não se requerendo explanações extensas para se evidenciar o óbvio; *in casu*, diz-se de rigor a imposição do regime aberto (Súmula 440/STJ), sob o argumento de ser abstrata a gravidade, porquanto, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, o Magistrado não desceu ao detalhamento da dinâmica do fato, conforme se extrai do seguinte trecho:

Os réus PAULO HENRIQUE DOS SANTOS e JULIO MATOS PEREIRA são primários e não registram antecedentes criminais, conforme fls. 403/405 e, em atenção às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, por infração ao artigo 35 da Lei 11.343/06, fixo-lhes a pena-base em três anos de reclusão e pagamento de setecentos dias-multa, calculados no valor mínimo unitário. Torno definitiva as penas aplicadas.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, nos termos da Lei 8.072/90 (fls. 179).

9. Portanto, configura constrangimento ilegal a manutenção do regime fechado, nos termos da Súmula 440 desta Corte, segundo a qual: *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*. No mesmo sentido as Súmulas 718 e 719 do colendo STF.

10. Quanto à possibilidade de substituição, tem-se que o paciente foi condenado por associação para o tráfico de drogas, delito previsto no art. 35 e, portanto, submetido à vedação legal que impossibilita a concessão de *substituição da pena por restritivas de direito*, conforme expresso no art. 44 da Lei 11.343/06. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. SURSIS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44, DA LEI 11.343/2006.

1. Após a modificação do art. 20., § 1o., da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, tornou-se obrigatória a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparados, independente do quantum da pena.

2. *In casu, tendo o paciente cometido o crime sob a égide da Lei 11.464/07, é incensurável a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda penal.*

3. *Existe expressa vedação legal à concessão de sursis e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao crime de tráfico de entorpecentes (art. 44, da Lei 11.343/2006).*

Ordem denegada (HC 133.922/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 28.09.08).

11. Todavia, conheço e reverencio o recente entendimento do colendo STF, no sentido de ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); no entanto, deve ser ressaltado que a tese foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

12. Entendo não ser razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

13. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição *formam o conjunto* da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da sanção. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

14. O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade na aplicação da pena, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.

15. No entanto, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, para que o Juízo da VEC avalie, como entender de direito, a possibilidade de substituição da pena.

16. Ante o exposto, não se conhece do *Habeas Corpus*. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime inicial aberto e confirmar a liminar antes deferida, bem como para permitir que o Juízo da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastando-se a respectiva norma proibitiva, com a ressalva do ponto de vista do Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0169759-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 185.059 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 252008

2672008

EM MESA

JULGADO: 28/06/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FÁBIO SANTOS DA SILVA
ADVOGADO : FÁBIO SANTOS DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DOS SANTOS (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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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