



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.205 - SP (2010/0128300-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : HÉLIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO : HÉLIO DA SILVA SANCHES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO VERIFICADA. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/2006. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.464/2007. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, entre os marcos interruptivos da prescrição, previstos no art. 117 do Código Penal, não transcorreu o lapso temporal superior aos 4 (quatro) anos exigidos para o reconhecimento dessa causa extintiva da punibilidade, na medida em que o fato ocorreu em 06/09/2005, a denúncia foi recebida em 12 de julho 2007 e a sentença condenatória foi publicada em 16 de fevereiro 2009. Até a presente data, considerando-se que não ocorreu o trânsito em julgado, tampouco transcorreu o lapso temporal de 4 anos.

2. 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 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.

3. Fixadas as penas-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. Afastada a vedação legal, e considerando a quantidade de pena total cominada ao paciente - 4 (quatro) anos de reclusão - não permanece nenhum empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão impugnados, fixando o regime aberto para o cumprimento das reprimendas e determinando ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.205 - SP (2010/0128300-6)

IMPETRANTE : HÉLIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO : HÉLIO DA SILVA SANCHES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO NETO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RODRIGO NETO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso de apelação criminal interposto pela defesa.

Informam os autos que o ora Paciente foi denunciado em 05 de setembro de 2005, e ao final condenado, como incurso no crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei n.º 6.368/76, c.c. art. 33, § 4.º do Código Penal), à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime fechado, bem como pela prática do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 10.826/03, à pena de 03 (três) anos de reclusão, também em regime fechado.

Aponta o Impetrante, no presente *writ*, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, pelo cálculo da pena *in concreto*, na condenação do Paciente pelo crime de tráfico, uma vez que condenado à pena de 01 (um) ano de reclusão.

Sustenta, ainda, que o ora Paciente faria jus à substituição da pena privativa de liberdade com restritiva de direitos, bem como à fixação do regime inicial aberto, para ambos os crimes, uma vez que as penas-bases foram fixadas no mínimo legal, considerando-se as circunstâncias judiciais favoráveis.

Requer, assim, "*a concessão da medida liminar, para que o paciente continue em liberdade até o julgamento do recurso especial, que se encontra ainda no Tribunal Bandeirante, e que em sede do mérito do Habeas Corpus seja reconhecida a prescrição da pena de 01 (um) ano do art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006 conforme acórdão anexo, como medida de justiça*" (fl. 22).

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 36/37.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 44/161.

O Ministério Público Federal opinou às fls. 165/169, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.205 - SP (2010/0128300-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO VERIFICADA. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/2006. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.464/2007. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, entre os marcos interruptivos da prescrição, previstos no art. 117 do Código Penal, não transcorreu o lapso temporal superior aos 4 (quatro) anos exigidos para o reconhecimento dessa causa extintiva da punibilidade, na medida em que o fato ocorreu em 06/09/2005, a denúncia foi recebida em 12 de julho 2007 e a sentença condenatória foi publicada em 16 de fevereiro 2009. Até a presente data, considerando-se que não ocorreu o trânsito em julgado, tampouco transcorreu o lapso temporal de 4 anos.

2. 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 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.

3. Fixadas as penas-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. Afastada a vedação legal, e considerando a quantidade de pena total cominada ao paciente - 4 (quatro) anos de reclusão - não permanece nenhum empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão impugnados, fixando o regime aberto para o cumprimento das reprimendas e determinando ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme relatado, o ora Paciente foi denunciado em 05 de setembro de 2005, e ao final condenado, como incurso no crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei n.º 6.368/76, c.c. art. 33, § 4.º do Código Penal), à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime fechado, bem como pela prática do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 10.826/03, à pena de 03 (três) anos de reclusão, também em regime fechado. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo.

Objetiva o Impetrante, no presente *writ*, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, pelo cálculo da pena *in concreto*, na condenação do Paciente pelo crime de tráfico, uma vez que condenado à pena de 01 (um) ano de reclusão, bem como, a substituição da pena privativa de liberdade com restritiva de direitos e a fixação do regime inicial aberto, para ambos os crimes, em razão das penas-bases terem sido fixadas no mínimo legal em face das circunstâncias judiciais favoráveis.

No que se refere à suposta extinção da punibilidade, quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, o que se discute *in casu* é a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, haja vista que a pena *in concreto* fixada.

Considerando que o cálculo para fins de prescrição terá por base a pena de um ano, fixada na sentença e confirmada pelo acórdão, conclui-se que o prazo prescricional é de quatro anos, consoante o disposto no inciso V, do art. 109 do Código Penal.

Nesse contexto, verifica-se que entre os marcos interruptivos da prescrição, previstos no art. 117 do Código Penal, não transcorreu o lapso temporal superior aos 04 (quatro) anos exigidos para o reconhecimento dessa causa extintiva da punibilidade, na medida em que o fato ocorreu em 06/09/2005, a denúncia foi recebida em 12 de julho 2007 e a sentença condenatória foi publicada em 16 de fevereiro 2009. Até a presente data, tampouco transcorreu o lapso temporal de 04 anos.

Frise-se que segundo as informações prestadas pelo Juízo de Direito da Vara Criminal de Votorantim/SP e aquelas obtidas na base de dados desta Corte, encontra-se pendente de julgamento por esta Corte Agravo em Recurso Especial nº 153.904, d minha relatoria, interposto pela Defesa.

Ultrapassada a questão preliminar, a ordem comporta concessão.

Com relação ao regime prisional, dos delitos de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma, objetiva o Impetrante, seja reconhecido ao ora Paciente o direito de cumprir a pena, desde o início, em regime aberto, tendo em vista a quantidade da pena que lhe foi aplicada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem como em razão das circunstâncias judiciais favoráveis, devidamente reconhecidas pela sentença monocrática, confirmada pelo Tribunal de origem.

Neste ponto, impende, tecer algumas considerações quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório.

Desse modo, se o crime de tráfico ilícito de drogas foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/07 – que estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade 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.

No caso dos autos, as penas-base foram fixadas no mínimo legal e o Paciente foi condenado no crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei n.º 6.368/76, c.c. art. 33, § 4.º do Código Penal), à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime fechado, bem como pela prática do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 10.826/03, à pena de 03 (três) anos de reclusão, também em regime fechado. Inexistentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há justificativa idônea para a fixação do regime mais gravoso para cumprimento de pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, que dispõe que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime aberto"*.

Portanto, sendo o condenado primário, de bons antecedentes, a decisão que lhe impôs o regime inicial fechado para o cumprimento das penas há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AGUARDAR JULGAMENTO EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO PREJUDICADO. NÃO-CONHECIMENTO DA ORDEM. REGIME INICIAL ABERTO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.464/07. REGIME DE CUMPRIMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE E SURSIS. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI 11.343/06. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Resta prejudicado o pleito de se aguardar o julgamento em liberdade se transitada em julgado a condenação.

2. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959/SP, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos e equiparados.

3. Tendo o fato delituoso que culminou na condenação da paciente sido praticado antes da Lei 11.464/07, em observância ao princípio da irretroatividade in pejus, a aplicação de lei penal posterior só deve ocorrer quando for em benefício do réu.

4. Nos termos do art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal, o condenado não-reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

5. Por expressa vedação legal, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou em concessão de sursis, nos exatos termos do art. 44 da Lei 11.343/06.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida para fixar o regime aberto de cumprimento de pena." (HC 144.078/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 30/11/2009.)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. REGIME INICIAL ABERTO. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, E § 3º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO PRETÓRIO EXCELSO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, foi afastado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.

2. Por consequência, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito.

Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º de Lei n.º 8072/90, não há óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

4. Ordem concedida para, reformando o acórdão condenatório ora impugnado, assegurar ao Paciente o regime inicialmente aberto, mediante condições estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais competente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem como determinar que este proceda ao exame dos requisitos objetivos e subjetivos autorizadores do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos." (HC 86.393/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 22/04/2008.)

Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

"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."

Relativamente ao alegado direito ao benefício da substituição das penas, verifica-se que o benefício do art. 44 do Código Penal foi negado ao Paciente mediante a seguinte fundamentação:

"Resta vedada a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito tendo em vista o próprio parágrafo 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06" (fl. 93).

Conforme anterior posicionamento por mim adotado, entendia não ser possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos na hipótese de o acusado – condenado por tráfico de droga sob a égide da Lei n.º 6.368/76 – já ter sido beneficiado com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em razão da expressa previsão constante do mesmo dispositivo, sob pena de incorrer em indevida combinação de leis.

Por oportuno, confira-se o teor do mencionado artigo:

"Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...].

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

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n.º 11.343/06, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Veja-se a ementa do mencionado *decisum*:

"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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 convolação em causa, na concreta situação do paciente.” (HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Desse modo, afastada a vedação legal, e considerando a quantidade de pena total cominada ao paciente - 4 (quatro) anos de reclusão, sendo 1 (um) ano de reclusão, pelo delito de tráfico de entorpecentes e 3 (três) anos de reclusão, pelo delito de porte ilegal de arma – não permanece nenhum empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

A propósito, confira-se o posicionamento do Pretório Excelso:

"Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Delito praticado sob a égide da Lei nº 6.368/76. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Aplicação do art. 44 do Código Penal. Requisitos presentes. Substituição admissível. Ordem concedida. 1. A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, observados os seus pressupostos de incidência. 2. Não se afigura possível a negativa de substituição calcada exclusivamente em critérios de proporcionalidade e de nocividade decorrentes da natureza da infração. 3. Ordem concedida." (STF, HC 103.068/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 22/02/2011.)

"SENTENÇA PENAL. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nos 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos." (STF, HC 84.928/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 11/11/2005.)

Igual entendimento é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO. REDUZIDA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n. 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. Considerando o quantum de pena definitivamente irrogado à paciente - 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão -, a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e a reduzida quantidade de substância entorpecente apreendida, flagrante a ilegalidade na manutenção do regime fechado, sendo devida a fixação do modo aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. PERMUTA ADMISSÍVEL. REQUISITOS SUBJETIVOS. PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. PERMUTA PROCEDIDA.

1. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, 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, se o delito foi praticado ainda na vigência da Lei n. 6.368/76.

2. Fixada pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e considerando a reduzida quantidade de substância entorpecente apreendida em poder da paciente, ilegal a manutenção da negativa de substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos, quando a medida mostra-se suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada. Inteligência dos incisos I e III do art. 44 do CP.

3. Habeas corpus concedido para fixar à paciente o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como para substituir a sanção reclusiva por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, ambas pelo mesmo prazo da reclusiva imposta, a primeira em local e horário a serem estabelecidos pelo Juízo da Execução, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado." (HC 174.391/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 25/08/2011.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 12 DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO, NO CASO CONCRETO, PARA O PACIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS DO ART. 44,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS. CABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 440 DESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO.

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

2. Uma vez que o Tribunal a quo deixou assente que, em face da quantidade e da natureza da droga apreendida, a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 só poderia ser fixada em patamar intermediário, inviável, no caso concreto, a aplicação da nova Lei de Drogas, porquanto mais gravosa ao Paciente.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, para os crimes hediondos, cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/07, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo se observar para a fixação do regime de cumprimento de pena o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, mostra-se adequada a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, uma vez que o Paciente é reconhecidamente primário, possui bons antecedentes e teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, tanto que sua pena-base restou fixada no patamar mínimo.

5. "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." Enunciado da Súmula n.º 440 desta Corte.

6. Ordem parcialmente concedida para assegurar ao Paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, devendo as condições dos dois benefícios serem implementadas pelo Juízo das Execuções Penais." (HC 169.596/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/03/2011.)

Ante o exposto, CONCEDO parcialmente a ordem para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão impugnados, fixando o regime aberto para o cumprimento das reprimendas e determinando ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0128300-6

HC 179.205 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3372005 990092518232

EM MESA

JULGADO: 02/08/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HÉLIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO : HÉLIO DA SILVA SANCHES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO NETO

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.