



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.989 - SP (2011/0085787-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RAQUEL FREITAS DE SOUZA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CÍCERO EDSON DA SILVA SOUZA

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO PARA FIXAR O REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de 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".

3. A condenação por tráfico de 2,1 g (dois gramas e um decigrama) de cocaína, fixada a pena-base no mínimo legal, diante da reprimenda final de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, enseja o regime inicial seja o aberto, substituindo-se a privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º do Código Penal) e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, já que presentes os requisitos para tanto (artigo 44 e incisos do Código Penal), devendo o Juízo das Execuções criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover-lhes a aplicação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 02 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.989 - SP (2011/0085787-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RAQUEL FREITAS DE SOUZA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CÍCERO EDSON DA SILVA SOUZA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de CÍCERO EDSON DA SILVA SOUZA, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal n.º 990.08.065791-7).

Segundo se colhe, o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, a 1 (um) ano de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime descrito no art. 12 da Lei 6.368/76, tendo o Juiz do caso aplicado o redutor máximo previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

O Ministério Público interpôs apelação, visando impedir a retroatividade da lei nova, mesmo que mais benéfica ao acusado, porquanto inviável a conjugação de leis para tal fim.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, entendeu ser inviável, de fato, a combinação de leis, porém, aplicou somente a Lei 11.343/2006, com o redutor máximo 2/3, já que mais vantajosa ao réu, conforme se lê da ementa do voto-condutor do acórdão (fl. 25):

"Tráfico de entorpecentes. Condenação por infração ao artigo 12, *caput*, da Lei na 6.368/76, c.c. o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Inadmissibilidade da combinação de leis à luz da unicidade lógica do sistema jurídico. Aferição da benignidade da norma legal que deve ser feita com base na análise do caso *sub judice*. Lei 11.343/06 que, embora preveja pena mínima mais grave para o tráfico, proporciona situação melhor ao réu por possibilitar a redução da reprimenda nos termos de seu artigo 33, § 4º. Retroatividade da nova Lei de Drogas. Apelo ministerial parcialmente provido para o fim de condenar o acusado, como incurso no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/06, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, no piso, mantida, no mais, a r. sentença".

Em virtude de se manter a decisão de primeiro grau no tocante ao regime fechado e à impossibilidade de substituição da pena privativa, sobreveio a presente impetração, sustentando, em suma, que na espécie, embora se trate de tráfico de drogas, cabíveis os benefícios legais.

Pede, liminarmente e no mérito, a suspensão, por ora, do cumprimento da pena ou a modificação do regime inicial do fechado para o aberto, e a substituição da pena privativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de liberdade por restritivas de direito.

A liminar foi deferida para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto (fls. 42/44).

Foram prestadas informações às fls. 53/88.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, opinou pela concessão da ordem (fls. 91/92).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.989 - SP (2011/0085787-3)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO PARA FIXAR O REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de 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".

3. A condenação por tráfico de 2,1 g (dois gramas e um decigrama) de cocaína, fixada a pena-base no mínimo legal, diante da reprimenda final de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, enseja o regime inicial seja o aberto, substituindo-se a privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º do Código Penal) e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, já que presentes os requisitos para tanto (artigo 44 e incisos do Código Penal), devendo o Juízo das Execuções criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover-lhes a aplicação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Colhe-se da sentença condenatória, no que interessa (fl. 22/23):

"Apurada a responsabilidade penal, passo a dosar a pena de condenação.

Atento às regras de fixação de penas estampadas nos artigos 59 e 60, do Código Penal, imponho ao réu a pena de 03 (três) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) dias-multa.

Fixei a pena no mínimo legal pelo fato de o réu ser primário e não ostentar antecedentes criminais (fls. 286).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando a norma contida no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD); tendo em vista os termos constantes do "Caput" do mencionado artigo são coincidentes com o que prescreve o artigo 12, da Lei 6.368 de 21 de outubro 1976, e levando em linha de conta, ainda, que a nova Lei é mais benéfica para o réu, hei por bem reduzir a pena em 2/3 (um terço), isto porque a quantidade e não há provas de que esteja envolvido com organizações criminosas, restando, em final dosimetria, a pena de 01 (um) ano de reclusão, e multa de 16 (dezesesseis) dias-multa, ao valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, atualizando-se consoante manda a lei.

Assim sendo, torno aquelas penas definitivas à minguia de causas de modificação, devendo a pena ser cumprida inicialmente REGIME FECHADO, nos termos da Lei nº 8.072/90, artigo 2º, parágrafo 1º; concedendo-se-lhe o direito de apelar em liberdade, visto que o réu já se encontra em liberdade e não oferece riscos à sociedade".

O Tribunal *a quo*, por sua vez, assim se manifestou (fl. 26/29):

"(...) Como é cediço, em matéria penal, operam-se a ultratividade e a retroatividade da lei mais benéfica ao acusado, nos termos do que dispõe o artigo 5º, XL, da Constituição Federal, que garante que 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu' e, ainda, o art. 2º parágrafo único, do Código Penal, que repete o teor da norma constitucional, estabelecendo que 'a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado'.

Reside a divergência entre Acusação e Defesa, em suma, na definição da norma penal mais benigna em vista da discussão acerca da possibilidade de que se opere a conjugação de leis que se sucederam no tempo a fim de obter o resultado mais favorável ao réu.

E esta Colenda Câmara, em que pese louvável corrente jurisprudencial em sentido contrário, vem entendendo ser inviável a combinação pelo Magistrado de dispositivos previstos em diferentes leis penais quando da fixação da reprimenda do acusado, devendo o julgador aplicar cada norma de forma integral e, pela análise do caso concreto, aferir qual delas é mais benigna ao réu, conforme já decidido nos Agravos em Execução nº 993.08.013981-4, nº 993.08.013964-4, Apelação Criminal nº 993.08.040259-0, entre outros.

E assim porque a causa de diminuição de pena para o traficante primário, de bons antecedentes e não envolvido em atividades delitivas ou em organização criminosa, contida na nova Lei de Tóxicos - que, ressalte-se, é expressa ao vincular e limitar sua incidência às figuras previstas no *caput* e no parágrafo primeiro de seu artigo 33 -, não pode ser interpretada de forma dissociada dos demais dispositivos constantes do mesmo diploma, que não inovou com relação à lei antiga apenas ao inserir o redutor. A Lei 11.343/06 cria, na verdade, um microssistema diferenciado, ordenado a concretizar o mandato de criminalização do artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, reprimindo a comercialização e, também, o uso de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tanto isso é verdade que a pena mínima cominada abstratamente ao delito de tráfico foi exacerbada, um dos motivos, inclusive, para que se criasse a figura prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, que, tomando como parâmetro essa nova moldura penal e em observância à individualização da pena, criou a possibilidade de que o agente que ainda não apresenta maior envolvimento na criminalidade receba tratamento diferenciado, compatível com sua condição.

Não é permitido ao julgador, assim, retirar de contexto parte do texto legal e conjugá-la a outro dispositivo, criando, assim, uma terceira norma, sob pena não só de ofensa à unidade lógica do sistema jurídico, mas, também, de usurpação de função típica do Poder Legislativo, como ensina, inclusive, Nelson Hungria:

(...)

No mesmo sentido, o posicionamento encampado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Diante disso, impõe-se a reforma da sentença condenatória proferida em Primeiro Grau de Jurisdição, nos termos, contudo, do pedido subsidiário formulado pelo apelante, pois, do exame do caso *sub judice*, conclui-se ser mais benéfica ao réu a Lei 11.343/06 e não a antiga Lei de Tóxicos.

Com efeito, embora a nova Lei tenha majorado o patamar mínimo da pena a ser imposta aos agentes condenados pela prática do delito de tráfico, o acusado é primário, apresenta bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas e não integra organização criminosa. Tem incidência, portanto, *in casu*, o redutor do parágrafo 4º, do artigo 33, que pode ser aplicado, ademais, diante das circunstâncias em que se deram os fatos (tendo sido o réu surpreendido quando comercializava e tinha consigo porção de pouco mais de 2 gramas de cocaína) em sua fração máxima, chegando-se, assim, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, no piso.

Se aplicada, por outro lado, a Lei 6.368/76, será possível, na melhor das hipóteses, a imposição da pena mínima cominada ao tráfico de entorpecentes, que é de 3 anos de reclusão e 50 dias-multa, resultado esse que, claramente, é mais gravoso ao apelado.

Logo, impõe-se, no caso, o reconhecimento da retroatividade da Lei 11.343/06, por ser mais favorável ao réu.

3. Diante do exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo ministerial para condenar CÍCERO EDSON DA SILVA SOUZA, como incurso no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/06, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, no patamar mínimo, mantida, no mais, a r. sentença condenatória. Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão".

Cumpre salientar, inicialmente, que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Assim, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Reconhecida a possibilidade de substituição da pena por medidas restritivas de direitos, fica afastada a exigência de fixação do regime fechado para os condenados por tráfico de drogas previsto na Lei n.º 11.343/06. Cabe ao Juiz, para estabelecer o regime prisional, avaliar o disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal.

É imperioso, penso, ter em linha de consideração o disposto no art. 42 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Drogas, que determina 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".

Na hipótese vertente, verifica-se que a quantidade de droga apreendida - 2,1 g (dois gramas e um decigrama) de cocaína - não configura expressiva quantia a ensejar a imposição de regime mais gravoso, sendo, portanto, o regime inicial apropriado, na espécie, o aberto, dado que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a reprimenda final postou-se aquém de quatro anos.

Igualmente, vejo como preenchidos todos os requisitos do art. 44 do Código Penal para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Não se me afigura correto, como procedido nas instâncias anteriores, vedar-se a substituição *tout court* em razão da gravidade do crime, genericamente considerada.

Em casos análogos, confira-se a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve se iniciar no regime mais gravoso.

2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

3. O STF entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

4. No caso, mostra-se viável a imposição do regime aberto para o cumprimento da pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, pois se tratar de réu primário, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais.

5. Mesma sorte não lhe assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque a natureza e a diversidade de droga apreendida - crack e cocaína - não recomenda o benefício, nos termos do art. 44, III, do CP.

6. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

(HC 199.605/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 15/06/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (15,14G DE "MACONHA" E 0,70G DE "COCAÍNA"). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RETROATIVIDADE INTEGRAL DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. COMBINAÇÃO DE LEIS. DESCABIMENTO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. CRIME COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.464/07. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA 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. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem admitido a aplicação retroativa da Lei n.º 11.343/06, na sua integralidade, desde que seja mais benéfica ao réu, diante da impossibilidade de combinação de lei anterior e posterior.

2. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no parágrafo 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 dessa espécie. Reconhecidas tais circunstâncias, é imperiosa a aplicação da minorante.

3. 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 causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

4. Na hipótese, a redução da pena no patamar máximo (2/3) se justifica na pequena quantidade de droga apreendida (15,14g de "maconha" e 0,70g de "cocaína"), assim, o percentual de redução da pena atende à proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

5. Em razão da declaração de inconstitucionalidade, da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, o regime inicial fechado é obrigatório tão-somente aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometidos após a vigência da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação referido dispositivo. No caso dos delitos praticados antes da alteração legislativa, o regime inicial da pena deve ser fixado em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59 do Código Penal.

6. Hipótese em que a prática delitiva ocorreu em 30 de agosto de 2006.

7. Atendidos os requisitos do art. 33, § 2.º, "c", do Código Penal, e inexistentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, a hipótese é de concessão do regime prisional aberto.

8. 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.

9. Ordem parcialmente concedida a fim de determinar a aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, na fração de 2/3 (dois terços), ficando a pena do Paciente quantificada em 1 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis dias-multa), no valor unitário mínimo, bem como estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

(HC 180.181/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 17/05/2011)

Verifica-se, portanto, que a pretensão se encontra em sintonia com a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º do Código Penal) e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, já que presentes os requisitos para tanto (artigo 44 e incisos do Código Penal), devendo o Juízo das Execuções Criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover-lhes a aplicação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0085787-3

HC 203.989 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16132003 50030837138 990080657917

EM MESA

JULGADO: 02/02/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAQUEL FREITAS DE SOUZA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CÍCERO EDSON DA SILVA SOUZA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.