



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.231 - SP (2011/0046939-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDVILSON SANTANA DE ASSUNÇÃO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMETIMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976. REGIME PRISIONAL FECHADO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA. MODO MAIS SEVERO. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME SEMIABERTO DEVIDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP C/C ART. 42 DA LEI DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei 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 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. A quantidade e diversidade das drogas apreendidas - **31 (trinta e um) invólucros contendo 148 gramas da substância entorpecente denominada *Cannabis sativa L*, vulgarmente conhecida como maconha, 36 invólucros contando 11 gramas de cocaína e 64 "pedras" de crack** - demonstram a desproporcionalidade da imposição da forma fechada no caso concreto, autorizando a fixação do regime inicial semiaberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º e § 3º, do CP, já que a pena foi fixada definitivamente em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e o paciente é primário e não registra antecedentes criminais.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CRIME COMETIDO AO TEMPO DA LEI 6.368/76. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.464/06. ADMISSIBILIDADE DA PERMUTA. PRECEDENTES DESTES STJ. ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e tendo em conta a superveniência da edição e entrada em vigor da Lei 11.343/06, perfeitamente possível a substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos nos delitos cometidos na vigência da Lei n. 6.368/76, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Evidenciada a gravidade concreta do delito cometido, dada a quantidade e diversidade das drogas apreendidas, circunstância que demonstra que, na espécie, a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão da Corte Estadual que entendeu não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a permuta.

3. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 10 de abril de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.231 - SP (2011/0046939-0)

IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDVILSON SANTANA DE ASSUNÇÃO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de EDVILSON SANTANA DE ASSUNÇÃO, contra acórdão da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação n.º 990.09.064590-3, mantendo a sentença que condenou o paciente a cumprir pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, em razão da prática do delito capitulado no art. 12, da Lei 6.368/76.

Argumenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto a Quinta Turma deste Sodalício, no julgamento de *writ* anteriormente impetrado (HC 159.675/SP), determinou à Corte Estadual que analisasse a possibilidade de fixar modo inicial de execução da pena diverso do fechado, bem como de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Contudo, salienta que o Tribunal *a quo* apenas repetiu os argumentos utilizados no julgamento originário, reiterando o fundamento de que o paciente não faria jus ao regime mais brando, nem à permuta.

Sustenta que o apenado foi condenado por fatos praticados sob a vigência da Lei n.º 6.368/76 e que, portanto, não havia, à época, nenhuma vedação legal à substituição de penas para o crime por ele praticado.

Alega que a proibição à concessão das referidas benesses, contida na Lei n.º 11.343/06, não pode retroagir para prejudicar o réu.

Registra que o custodiado seria primário e faria jus à substituição de sua reprimenda corporal por penas restritivas de direitos e à fixação do modo inicial aberto para a execução da sanção imposta.

Requeru, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, pugnou pela substituição da pena constritiva por restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos e pela fixação do regime aberto para o cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.231 - SP (2011/0046939-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, porque, segundo restou apurado, no dia **30-3-2006**, *"trazia consigo, guardava, entregava a consumo ou fornecia drogas, ainda que gratuitamente, para fins de tráfico, 31 (trinta e um) invólucros contendo 148 gramas da substância entorpecente denominada Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como maconha, 36 invólucros contendo 11 gramas de cocaína e 64 "pedras" de crack, substâncias que determinam dependência física e psíquica, o fazendo sem autorização legal e regulamentar"* (fls. 13).

Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal, que foi desprovida pelo Tribunal de origem.

Em seguida, a defesa impetrou o *Habeas Corpus* nº 159.675/SP perante esta Corte Superior de Justiça, que concedeu parcialmente a ordem, tão somente para que determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analisasse a possibilidade de fixar ao paciente regime prisional diverso do fechado, concedendo-se, ainda, *habeas corpus* de ofício, a fim de que a Corte de origem examinasse também a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado, sendo que, o Tribunal *a quo*, em novo julgamento, negou provimento ao recurso.

No que tange ao modo inicial de cumprimento de pena fixado, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do regime inicialmente fechado, *"por imposição da Lei"* (fls. 18)

A Corte Estadual, por sua vez, manteve o regime estabelecido na sentença, destacando que:

No caso, não se aplica regime mais brando nem é possível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas inicialmente em regime fechado. E, ainda que se admitisse (como o fez recentemente o STF) a possibilidade de ignorar a lei e a Constituição, no caso concreto não seria possível: foi dito também com toda a clareza, no acórdão, que "as circunstâncias acima referidas não apenas confirmam o tráfico; confirmam, mais, que o apelante faz dele seu meio de vida, dedicando-se, portanto, a atividades criminosas". O que, a meu ver, é motivo mais que suficiente para justificar (ainda que não fossem respectivamente obrigatório e proibida) o regime inicial fechado e a não substituição da pena. (fls. 60)

Consta da exordial acusatória que o crime de tráfico de drogas imputado ao paciente ocorreu em **30-3-2006**, antes, portanto, do advento da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

Com efeito, ante a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, passou a ser perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação, em tese, de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n.º 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor, como reiteradamente vem orientando este Superior Tribunal.

Nessa direção, tem-se:

PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. REGIME ABERTO INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 PELO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que preconizava o cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos em regime integralmente fechado, restou possibilitada a execução da sentença penal condenatória desses feitos pelos outros regimes prisionais previstos no ordenamento jurídico para a pena de reclusão, disciplinados no art. 33 do Código Penal (fechado, semi-aberto e aberto), bem como a progressão para o sistema mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP.

2. Assim sendo, em se tratando de crimes hediondos, para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada, faz-se necessário que a pena-base seja fixada acima do mínimo legal, por meio de motivação idônea, com demonstração concreta das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que, necessariamente, devem ser desfavoráveis ao réu, para a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Esse entendimento, todavia, no que tange aos delitos relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, só tem aplicação aos tipos cometidos anteriormente à vigência da Lei 11.464, de 28/3/07, haja vista que esse diploma legal preconizou que nos crimes dessa espécie a pena deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado.

4. Considerando que, no caso concreto, (a) a traficância antecedeu a citada alteração legislativa, (b) o réu é primário e (c) a pena-base foi fixada no mínimo legal (por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu), impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda aplicada por tráfico ilegal de drogas, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal.

5. Ordem concedida. (HC n.º 60523/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, j. em 25-10-2007)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: EXECUÇÃO. Criminal. Pena. Tráfico de drogas. Regime inicial fechado. Incidência do art. 2, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação determinada pela Lei nº 11.464/07. Fato ocorrido antes da vigência da lei. Retroatividade de lei penal mais gravosa. Inadmissibilidade. Reclusão por tempo inferior a 4 (quatro) anos. Incidência do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal. HC concedido. Aplicação da súmula 719.

A garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa impõe a aplicação, aos fatos praticados antes da edição da Lei n.º 11.464/07, da regra geral do art. 33, § 2, 'b', do Código Penal, para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena." (HC n.º 98.365/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 15-12-2009, DJe 12-2-2010)

Desta forma, presente a ilegalidade aventada na inicial, visto que perfeitamente possível a fixação de regime inicial menos severo que o fechado aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes cometido antes do advento da Lei n.º 11.464/07, como é o caso do *sub examine*.

Entretanto, na hipótese que se apresenta, não obstante a afirmação contida no aresto impetrado de que o regime fechado estava de acordo com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecido na Lei 11.464/07, inaplicável no caso, verifica-se que a forma mais gravosa de execução da sanção foi imposta ao paciente **também** em razão da gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela considerável quantidade de droga apreendida em seu poder - **31 (trinta e um) invólucros contendo 148 gramas da substância entorpecente denominada *Cannabis sativa* L, vulgarmente conhecida como maconha, 36 invólucros contendo 11 gramas de cocaína e 64 "pedras" de crack** (fls. 13).

Contudo, e não obstante a considerável quantidade e haja vista ainda a natureza das drogas capturadas, **mostra-se desproporcional**, no caso concreto, a imposição do regime inicial fechado quando a pena foi fixada definitivamente em patamar não superior a 4 (quatro) anos de reclusão e o paciente é primário e sem antecedentes criminais, sendo devido o estabelecimento do modo semiaberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º e § 3º, do CP, observado o disposto no art. 42 da nova Lei de Drogas.

A propósito:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART.12, CAPUT, E ART. 14 DA LEI 6.368/76). 550 GRAMAS DE MACONHA.PENA-BASE (TRÁFICO): 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, ALÉM DE MULTA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA PENA DO DELITO DE TRÁFICO NO MÍNIMO LEGAL E DE RECONHECIMENTO DO BENEFÍCIO DO ARTIGO 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL: CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SIMPLES MENÇÃO AO SENSO DE REPROVAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA. PRECEDENTES. INVIABILIDADE, TODAVIA, DE A PENA SER FIXADA NO MÍNIMO LEGAL DADA A EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NOVA PENA: 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL QUE DEVE SER ESTABELECIDO SEGUNDO O ART. 33 DO CPB. PRECEDENTES DO STJ E STF. REGIME ADEQUADO: SEMIABERTO. INADMISSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA REDUTORA DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. WRIT CONCEDIDO PARCIALMENTE, PARA ADEQUAR O APENAMENTO DO PACIENTE QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO E ESTABELECE O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. Não tendo o Juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavorável ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado a sua culpabilidade, limitando-se a dizer que agiu com potencial consciência da ilicitude, de rigor a redução da pena-base nesse ponto.

2. Todavia, inviável o estabelecimento da sanção no mínimo legal, dada a expressiva quantidade da droga apreendida, mais de meio quilo de maconha, o que torna efetivamente desfavorável a circunstância relativa às consequências do crime, tal como apontado pelo Tribunal Estadual; assim, fixa-se a pena-base em 4 anos de reclusão.

3. Este STJ acolhe o entendimento de que, após o STF declarar a inconstitucionalidade do art. 2o., § 1o. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, a fixação do regime prisional para condenados por tráfico de drogas na vigência da Lei 6.368/76, à falta de dispositivo legal normativo próprio, deve ser feita à luz do que determina o art. 33 do CPB (HC 71.787/SC, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES, DJU 03.11.08).; na hipótese, reconhecida circunstância judicial desfavorável, o regime adequado deve ser o semiaberto.

4. Se as instâncias ordinárias, às quais é privativa a análise minuciosa dos fatos e provas, reconheceram que o paciente se dedicava ao comércio de drogas, tanto que foi condenado também pelo delito de associação para o tráfico, inviável a redução pretendida com fulcro no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

5. O Habeas Corpus é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inc. LXVIII).

6. Habeas Corpus concedido em parte para, mantida a condenação do paciente, fixar a pena do crime de tráfico em 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 100 dias-multa, mantido, no mais, o acórdão condenatório.

(HC 181.805/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 09/08/2011)

Quanto à almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, este Superior Tribunal, ao tratar da matéria, vem destacando a possibilidade da permuta nos delitos cometidos na vigência da Lei n. 6.368/76, após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, e tendo em conta ainda a superveniência da edição e entrada em vigor da Lei 11.343/06, que legalizou a possibilidade de progressão, pelo que não mais subsistiria o fundamento para impedir a permuta, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados desta colenda Turma:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ PRIMÁRIA, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

"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, resta afastado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos.

"2. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis à ré, estando a pena-base fixada no mínimo legal, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

"3. Uma vez afastado o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

"4. Sendo a condenada por crime perpetrado sem violência ou grave ameaça, reconhecidamente primária e de bons antecedentes, faz jus à substituição da pena corporal. Não exsurge como fundamento idôneo para negar ao condenado a aplicação de pena alternativa a impressão pessoal dos julgadores acerca da gravidade abstrata do delito. Precedentes.

"5. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, a quem caberá, atendidos os requisitos subjetivos e objetivos, decidir sobre o deferimento da substituição das penas, nos exatos termos do art. 44 do Código Penal' (HC n. 92.689/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 27-3-2008).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF [...] CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO.

"1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, fica afastado o óbice que impedia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

"2. Com a edição da nova lei de tóxicos, vedou-se, expressamente, a concessão da substituição da pena no tráfico ilícito de entorpecentes (art. 44, da Lei nº 11.343/06). Tal vedação, por ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejudicial ao réu, não pode retroagir, de modo que na época da condenação não havia qualquer empecilho legal quanto à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados, o qual residia no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado.

"[...]".

"5. Ordem concedida para, concedendo ao Paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação, reformar o acórdão proferido pelo Tribunal a quo e a sentença condenatória na parte relativa à imposição do regime integralmente fechado, determinando-se, ainda, que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame dos requisitos objetivos e subjetivos autorizadores do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos [...]" (HC n. 65.996/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, j. em 27-2-2007).

Contudo, na hipótese, observa-se que a Corte Estadual entendeu inviável proceder-se à permuta, ressaltando que: *"as circunstâncias acima referidas não apenas confirmam o tráfico; confirmam, mais, que o apelante faz dele seu meio de vida, dedicando-se, portanto, a atividades criminosas"*, motivo que se entendeu suficiente para concluir pela negativa de permuta pretendida (fls. 60)

Com efeito, dispõe o art. 44 do Estatuto Repressivo que, *verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.
(grifos nossos)

Ou seja, dita o art. 44, III, do Código Penal, que a pena privativa de liberdade **poderá** ser convertida em restritivas de direito somente quando, após a verificação do preenchimento dos requisitos objetivos, *"a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente"*.

Deste dispositivo, infere-se que o legislador optou por deixar ao arbítrio do julgador, dentro de seu prudente critério, a deliberação sobre a possibilidade ou não de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo como base as circunstâncias elencadas no art. 59 do CP.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que foi negada ao acusado a almejada substituição da sanção reclusiva por penas alternativas diante do não preenchimento dos requisitos subjetivos legalmente exigidos, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, dada a quantidade e diversidade de drogas encontradas em seu poder - **31 (trinta e um) invólucros contendo 148 gramas da substância entorpecente denominada Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como maconha, 36 invólucros contando 11 gramas de cocaína e 64 "pedras" de crack** -, fatores que levaram o colegiado a concluir inclusive que fazia da traficância seu meio de vida, evidenciando que, *in casu*, a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

Nesse norte, o seguinte precedente, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. PACIENTES CONDENADOS A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO E SESSENTA DIAS MULTA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONVERSÃO DE PENA NÃO RECOMENDÁVEL.

1. Não é possível, nesta sede, desconstituir o decidido pela Corte de origem, a qual, em acórdão suficientemente motivado, entendeu tratar-se o caso de tráfico de drogas, não de porte para consumo.

2. 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 iniciar no regime mais gravoso.

3. No caso, os pacientes são primários e lhes foi desfavorável apenas uma circunstância judicial, isto é, a culpabilidade. Por isso, tem-se por razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto, suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

4. Mesma sorte não lhes assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a quantidade de droga apreendida não recomenda o benefício.

5. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 144.476/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 14/02/2011 - destacamos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão da Corte Estadual que entendeu não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a permuta.

Ante o exposto, **concede-se parcialmente a ordem**, apenas para fixar o regime **semiaberto** para o cumprimento da pena imposta ao paciente, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0046939-0

HC 199.231 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12922007 50060409649 990090645903

EM MESA

JULGADO: 10/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : EDVILSON SANTANA DE ASSUNÇÃO (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 do Sr. Ministro Relator."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.