



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.089 - SP (2012/0158677-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JURANDIR PINTO DE CARVALHO FILHO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.ºs 440 DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, o Paciente foi condenado, definitivamente, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo 4,3 gramas de *crack*.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. No caso, considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal. Inteligência das Súmulas n.ºs 440 desta Corte e 719 do Pretório Excelso.

4. Afastado o óbice legal à conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, pela Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar o cabimento da conversão da reprimenda à luz do art. 44 do Código Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para fixar o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções, bem como para determinar que aquele Juízo examine se o Paciente preenche os requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).

Brasília (DF), 16 de abril de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.089 - SP (2012/0158677-6)

IMPETRANTE : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JURANDIR PINTO DE CARVALHO FILHO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JURANDIR PINTO DE CARVALHO FILHO, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na apelação n.º 0023869-09.2010.8.26.0562.

No caso, o Paciente foi preso em flagrante delito no dia 28/06/2010 e, posteriormente, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo **17 (dezessete) pedras de crack, pesando 4,3 gramas**.

Em audiência de instrução e julgamento, o Juízo processante atribuiu ao fato nova definição jurídica (art. 28 da Lei de Drogas) e concedeu ao Paciente a liberdade provisória.

Diante disso, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal *a quo*, tendo sido o recurso provido para condenar o Paciente à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do Paciente.

No presente *writ*, sustenta a Impetrante, em síntese, que, por se tratar de tráfico privilegiado, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena, pois o Paciente é primário e portador de bons antecedentes. Aduz, ainda, que a vedação do art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/2006 foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo mais fundamento idôneo para o indeferimento dos benefícios ora pleiteados.

Requer, liminarmente, que o Paciente seja mantido em liberdade até o julgamento definitivo do presente *writ*. No mérito, pede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação do regime inicial aberto.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 99/100.

A Impetrante, após instruir melhor o feito, formulou pedido de reconsideração da decisão indeferitória de liminar, por intermédio da petição de fls. 109/119.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Às fls. 121/125, reconsiderarei a decisão de fls. 99/100 para deferir parcialmente o pedido liminar, determinando, **tão somente** até o julgamento final do presente *writ*, a **transferência do Paciente para o regime aberto**, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 128/156, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

À fl. 173, o Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Santos/SP noticia que, até aquele momento, não havia execução criminal em andamento contra o Paciente.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 177/182, opinando pela concessão da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.089 - SP (2012/0158677-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.ºs 440 DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, o Paciente foi condenado, definitivamente, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo 4,3 gramas de *crack*.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. No caso, considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal. Inteligência das Súmulas n.ºs 440 desta Corte e 719 do Pretório Excelso.

4. Afastado o óbice legal à conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, pela Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar o cabimento da conversão da reprimenda à luz do art. 44 do Código Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para fixar o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções, bem como para determinar que aquele Juízo examine se o Paciente preenche os requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

VOTO

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

No caso, o Paciente foi preso em flagrante delito no dia 28/06/2010 e, posteriormente, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo **17 (dezessete) pedras de crack, pesando 4,3 gramas**, conforme narrado na inicial acusatória, da qual destaco os seguintes trechos:

"Segundo o apurado, na data supracitada, policiais militares faziam patrulhamento pelo local dos fatos, quando avistaram o denunciado e um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outro rapaz de prenome Roberto andando de bicicleta, os quais ao perceberem a aproximação policial se portaram de maneira suspeita.

Ao abordarem e revistarem Roberto e o denunciado, na posse deste último, dentro de uma pochete preta, foram encontradas 3 chaves de boca, um canivete, R\$ 20,00 reais e 17 pedras de crack, pesando 4,3 gramas, estas últimas estavam dentro de uma lata que foi arremessada ao chão quando os policiais iriam revistar o ora acusado.

Roberto tinha em sua posse um cachimbo utilizado para fumar crack. Disse que tinha comprado do acusado uma pedra de crack, a qual tinha acabado de consumir, pagando pela mesma a importância de R\$ 4,00 (auto de exibição e apreensão às fls. 12/13; auto de constatação preliminar às fls. 14).

Pela quantidade de entorpecentes encontrados com o denunciado, a forma de acondicionamento (embalados individualmente e assim propícios para destino a terceiros), assim como o relato do usuário Roberto, seguramente as drogas apreendidas e que o denunciado trazia consigo destinar-se-iam ao comércio ilícito." (fls. 14/15)

Em audiência de instrução e julgamento, o Juízo processante atribuiu ao fato nova definição jurídica (art. 28 da Lei de Drogas) e concedeu ao Paciente a liberdade provisória, mediante a seguinte fundamentação:

"[...]. O porte da droga também é discutível. O próprio réu admitiu que trazia a droga consigo, ressaltando somente que eram 13, e não 17, as pedras de crack. Todavia, malgrado a dedicação do Dr. Promotor de Justiça, a prova não permite certeza quanto à destinação do tóxico. A quantidade de droga não é indicativa de tráfico. Dezesete pedras de crack podem ser encontradas tanto nas mãos de traficantes, como nas de um usuário. O valor do lote de tóxicos não é elevado. Se comprado no morro ou no centro da cidade, sairia por cerca de R\$ 85,00, montante que qualquer trabalhador avulso ou até reciclador obtém em um dia de trabalho. O réu não foi visto praticando nenhum gesto evidenciador da traficância. Ele não estava parado em um ponto de venda. Pedalava sua bicicleta em via pública. O numerário que ele trazia também não chama a atenção. Aliás, não se sabe nem mesmo se ele se traduzia em cédulas de valor múltiplo ao do preço da pedra do crack. É bem verdade que pesa contra o réu o testemunho de Roberto Santos. No calor dos fatos, para os policiais militares, e, na delegacia de polícia, para a autoridade policial, Roberto disse ter adquirido uma pedra de crack do acusado. A história de Roberto deve ser recebida com reservas. Não é comum que um traficante venda uma pedra de crack, espere o consumidor consumi-la e depois saia junto com ele pedalando pelas ruas da cidade. Em geral, o traficante procura afastar-se o mais rapidamente possível do comprador ou vice-versa. Os policiais são contraditórios sobre o estado de Roberto. José Negrão afirmou que Roberto parecia estar sob efeito de droga, alucinado, mas Edson Santos não encontrou em Roberto sinais de uso de tóxico. Não se pode perder de vista que, talvez a droga se destinasse ao consumo compartilhado do réu e de Roberto. Para pessoas comprometidas pelo vício, como é o réu, que traz no próprio rosto e no corpo os sinais funestos do uso abusivo da droga, 8 ou 9



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pedras são consumidas em uma noite e madrugada sem grande dificuldade. Portanto, é possível que, vendo-se preso, na iminência de também ser acusado por tráfico, Roberto tenha imputado a posse de todo o entorpecente a Jurandir que era quem o portava. Para safar-se, ele pode ter acusado injustamente o companheiro de vício e de infortúnio. Portanto, existe dúvida intransponível a respeito da destinação da droga. A dúvida deve ser resolvida em favor do acusado. Por conseguinte, nos termos do artigo 384, CPP, uma vez que a elementar para consumo pessoal não consta da denúncia, determino que se abra vista ao Ministério Público para, querendo, no prazo de cinco dias, aditar a inicial, conformando a acusação ao artigo 28 da Lei 11.343/06. A presente decisão faz desaparecer os motivos que determinaram a manutenção da prisão em flagrante delito. Por conseguinte, com fundamento no artigo 310, parágrafo único, CPP, concedo ao acusado liberdade provisória, independentemente de fiança, mediante o compromisso de comparecimento aos atos processuais. Lavre-se termo e expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do acusado." (fls. 52 e 68)

Diante disso, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido o recurso provido para condenar o Paciente à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

O Tribunal *a quo* fixou a dosimetria da pena, com base nos seguintes termos:

"[...]

Passo a dosar a pena.

*Atento aos critérios norteadores do artigo 59, do Código Penal, observo que **o acusado não registra antecedentes criminais** documentalmente comprovados nos autos.*

*Por essa razão, **fixo a pena de partida no mínimo legal**, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.*

Ausentes, na segunda fase, quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

*Na terceira e última fase da dosimetria, imperioso o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, posto que preenchidos os requisitos legais. Inclusive, no patamar máximo, haja vista que **não foi exacerbada a quantidade de droga efetivamente apreendida**, compatível com a condição de pequeno traficante do acusado.*

E foi justamente essa a intenção do legislador ao prever a redução, qual seja, a de beneficiar o pequeno traficante, diferenciando-o daquele de grande porte e que comercializa a droga em elevada escala.

De outra banda, não ficou efetivamente comprovado, prova, aliás, que cabia exclusivamente à acusação, que o acusado estivesse envolvido com alguma organização criminosa ou que desempenhasse atividade criminosa, fatores estes que impediriam a concessão do citado benefício.

*Em função disso, a pena até aqui apurada será reduzida em 2/3 (dois terços), nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, **resultando***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

O regime de cumprimento de pena, por seu turno, deve ser o inicial fechado.

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.

Inviável, outrossim, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, uma vez que estas estão reservadas aos crimes de menor potencial ofensivo, lato sensu.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que 'a Lei dos Crimes Hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos exclui a incidência da Lei 9.714/98, modificativa da parte geral do Código Geral, por força do artigo 12 do próprio diploma penal material brasileiro' (HC nº 12.562-0, Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

E a Lei nº 11.343/2006, eliminando a controvérsia existente a esse respeito, impôs a proibição de tal substituição, ao estabelecer, em seu artigo 44, que 'os crimes previstos nos arts. 33, caput e § JO, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos' (grifei).

Não se desconhece, é bem verdade, que o plenário do Pretório Excelso, no julgamento do Habeas Corpus nº 97.256, optou pela inconstitucionalidade da proibição legal da aludida substituição, dada a pretensa ofensa ao princípio da individualização da pena.

Contudo, como é notório, dito julgamento não tem efeito erga omnes, razão pela qual sua aplicação não é imediata e automática.

E isso é, ao contrário do que possa parecer, nitidamente salutar, pois evita a estagnação da produção intelectual em primeira e segunda instâncias, permitindo a criação e evolução jurídica no país.

De qualquer modo, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade a esse respeito, haja vista que o legislador, ao editar a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), simplesmente buscou legitimidade no preceito contido no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal.

Além disso e com gritante razão, considerou a maior ou menor reprovabilidade da conduta tida por ilícita, levando em consideração, na hipótese do narcotráfico, a natureza do crime, sua potencialidade lesiva e, principalmente, o bem jurídico a ser protegido.

Optou o legislador, assim e com o respaldo constitucional dado ao processo legislativo, por coibir com maior rigor o tráfico de drogas, porquanto notórias as implicações de natureza social dele decorrentes e que vêm gerando desassossego à população, além de propiciar o incentivo ao cometimento de inúmeros outros delitos.

Descabida, por isso mesmo, qualquer alegação de desproporcionalidade ou de violação ao princípio de individualização da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]" (fls. 87/91; grifos acrescidos)

No presente *writ*, sustenta a Impetrante, em síntese, que, por se tratar de tráfico privilegiado, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena, pois o Paciente é primário e portador de bons antecedentes. Aduz, ainda, que a vedação do art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/2006 foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo mais fundamento idôneo para o indeferimento dos benefícios ora pleiteados.

Inicialmente, no tocante ao regime de cumprimento de pena, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90, e afastou a obrigatoriedade de, aprioristicamente, fixar-se o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas, tendo em vista que a mencionada regra contraria o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido no mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/2 (UM MEIO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente, preso em flagrante delito no dia 26/01/2011, foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no art. 33, caput, c.c. o § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

2. 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 Tóxicos.

3. Na espécie, a natureza da droga apreendida - 44 (quarenta e quatro) porções de "cocaína" acondicionadas em pequenos tubos do tipo "eppendorf", com peso líquido de 33,4 (trinta e três gramas e quatro decigramas) -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Afastado o óbice legal à conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, pela Resolução n.º 05/2012 do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar o cabimento da conversão da reprimenda à luz do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, bem como para estabelecer o regime prisional adequado." (HC 245.858/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013.)

Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Confirmam-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

"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 n.º 440 do STJ)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719 STF)

No caso, considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Condenado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

De outra parte, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, pela qual foi suspensa a execução da referida regra.

A propósito, veja-se o seguinte precedente desta Corte Superior de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, sendo possível a pena substitutiva aos traficantes de drogas, desde que preenchidos os pressupostos do art. 44 do Código Penal.

2. No caso concreto, mostra-se viável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos aos agravados, condenados a pena definitiva inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal favoráveis e sendo pequena a quantidade de material tóxico apreendido - 20 (vinte) pedras de crack e 1 (uma) porção de Cannabis Sativa L.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.330.133/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 15/02/2013.)

Assim, afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, deve o Juízo competente analisar se o Condenado preenche ou não os requisitos para a obtenção da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal, pois inconstitucional o fundamento adotado para não reconhecer tal direito.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem de *habeas corpus* para fixar o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções, bem como para determinar que o mesmo Juízo examine se o Paciente preenche os requisitos necessários à 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: 2012/0158677-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 250.089 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 238690920108260562 2452011 4282010

EM MESA

JULGADO: 16/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ODIM BRANDÃO FERREIRA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JURANDIR PINTO DE CARVALHO FILHO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).