



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.430 - RJ (2010/0224568-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SÉRGIO REIS DA CONCEIÇÃO GALDINO

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/6. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS BRANDO QUE O FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PENA MAIOR DE QUATRO ANOS. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DO REGIME. CASO CONCRETO. JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. Concretamente fundamentada a diminuição da pena (1/6), na terceira fase da dosimetria, na quantidade de droga (33 sacolés de cocaína), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.
2. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, 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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
3. Na espécie, contudo, a condenação já transitou em julgado com uma pena maior de quatro anos, o que impede a substituição pretendida.
4. Quanto ao regime, negada a imposição de outro menos gravoso que o fechado apenas tendo em conta a vedação legal (Lei nº 8072/90), já superada pelo entendimento pretoriano, deve a questão ficar relegada ao juízo da execução, em virtude do trânsito em julgado.
5. Ordem parcialmente concedida tão somente para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

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 parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 12 de junho de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.430 - RJ (2010/0224568-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SÉRGIO REIS DA CONCEIÇÃO GALDINO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de SÉRGIO REIS DA CONCEIÇÃO GALDINO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n.º 0008374-02.2009.8.19.0061).

O paciente foi condenado por tráfico, em primeiro grau de jurisdição, a 4 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado, por prática de tráfico de drogas (fls. 24/30).

Manejada apelação, buscando a desclassificação da conduta para uso (art. 28 da Lei nº 11343/2006) ou, alternativamente, a aplicação da causa especial de diminuição pelo máximo, bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, não foi provida, a teor da seguinte ementa (fls. 49/51):

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO VISANDO DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE TRÁFICO DE DROGAS PARA A PREVISTA NO ART. 28 DA LEI 11.343/06, AO ARGUMENTO DA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DE QUE O MATERIAL ENTORPECENTE APREENDIDO TINHA COMO DESTINO A MERCANCIA ILÍCITA. SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO DA PENA REFERENTE À MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06, BEM COMO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. Policiais militares receberam informações de que o recorrente estaria praticando o tráfico de drogas na localidade de Ponte Nova, Teresópolis. Em diligências, lograram localizar Sérgio e, durante a abordagem, arrecadaram 08 sacolés contendo cocaína. Ato contínuo, indagado sobre a existência de mais droga, o condenado franqueou a entrada dos milicianos em sua residência, onde foram encontrados outros 25 sacolés de cocaína, diversos sacos plásticos pequenos destinados ao acondicionamento do pó, 01 aparelho celular, uma lata de Fermento Trisant e oitenta reais em espécie, ocasião em que o apelante confessou aos policiais que adquiria a droga em Acari, no Rio de Janeiro, e misturava a substância com o fermento branco, aumentando a quantidade da droga que, empós, era vendida aos interessados. A conta do exposto torna-se impossível a desclassificação da conduta de tráfico de drogas para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, quando as provas coligidas (depoimentos, quantidade de droga arrecadada, seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acondicionamento, materiais para endolação, dentre outros) são mais do que suficientes a afirmar a destinação da substância à mercancia ilícita. Quanto à aplicação da fração máxima de redução da pena referente à minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. não é possível. Ao inverso, nada merecia. Com o sentenciado, além da droga, foram arrecadados material para endolação e mistura de droga, sendo certo que o apelante ainda foi preso em local conhecido como ponto de venda. Em relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a mesma encontra óbice legal no art. 44, da Lei nº 11.343/06, o mesmo se dizendo em relação ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, que deverá permanecer o inicialmente fechado. Penas bem dosadas. Sentença que se mantém. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, na forma do voto do relator.

Daí a presente impetração, alegando que, preenchidos os requisitos legais, a fixação, na espécie, da causa especial de diminuição deve ser pelo máximo, ainda mais porque as circunstâncias judiciais são favoráveis e a quantidade de droga é pequena.

Diz ainda que, tendo sido aplicada a causa de redução, o crime não é hediondo, comportando regime diferente do fechado, bem com substituição da pena e sursis.

Pede seja aplicada a causa especial de diminuição pelo máximo (2/3), a fixação do regime aberto e a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Prestadas as informações (fls. 77/79), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 108/116).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.430 - RJ (2010/0224568-9)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/6. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS BRANDO QUE O FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PENA MAIOR DE QUATRO ANOS. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DO REGIME. CASO CONCRETO. JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. Concretamente fundamentada a diminuição da pena (1/6), na terceira fase da dosimetria, na quantidade de droga (33 sacolés de cocaína), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.

2. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, 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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. Na espécie, contudo, a condenação já transitou em julgado com uma pena maior de quatro anos, o que impede a substituição pretendida.

4. Quanto ao regime, negada a imposição de outro menos gravoso que o fechado apenas tendo em conta a vedação legal (Lei nº 8072/90), já superada pelo entendimento pretoriano, deve a questão ficar relegada ao juízo da execução, em virtude do trânsito em julgado.

5. Ordem parcialmente concedida tão somente para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Como visto, três são as pretensões em exame: a) a aplicação da causa especial de diminuição pelo máximo; b) a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena e c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Vejamos o que disse a sentença (fls. 35/37):

O réu não possui nenhuma outra anotação em sua folha penal de fls. 41/43, devendo, assim, ser considerado primário e de bons antecedentes. Considerando outros aspectos que envolvem o caso, entendo de justiça estabelecer a resposta penal no seu patamar mínimo. Desse modo, fixo-a em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Deve incidir a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06.

(...)

Considerando, porém, que a referida minorante prevê a diminuição do patamar de 1/6 a 2/3, **opto pela menor fração, uma vez que se extrai dos autos que foi encontrado além da droga, em quantidade considerável, material de andolação e mistura da droga, sendo certo, ainda, que o réu foi visto em ponto conhecido pela venda de drogas em atitude típica de quem estava realizando o comércio ilegal de entorpecentes, sendo certo que o crime de tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo, cuja gravidade, é, assim, presumida, perfazendo-se, assim o total de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.**

Fixo o regime inicialmente fechado para cumprimento da pena prisional, com fulcro no artigo 2º, §1º, da Lei 8072/90, com redação dada pela Lei 11464/2007.

O acórdão, por sua vez, fixou (fls. 58/60):

Procederam, então, na abordagem, e arrecadaram 08 sacolés contendo cocaína. Ato contínuo, indagado sobre a existência de mais droga, o condenado franqueou a entrada dos milicianos em sua residência, onde foram encontrados outros 25 sacolés de cocaína, diversos sacos plásticos pequenos destinados ao acondicionamento do pó, 01 aparelho celular, uma lata de Fermento Trisant e oitenta reais em espécie, ocasião em que o apelante confessou aos policiais que adquiria a droga em Acari, no Rio de Janeiro, e misturava a substância com o fermento branco, aumentando a quantidade da droga que, após, era vendida aos interessados.

(...)

Quanto à aplicação da fração máxima de redução da pena referente à minorante do art. 33. § 4º, da Lei 11.343/06, não é possível. Ao inverso, nada merecia. Com o sentenciado, além da droga, foram arrecadados material para endolação e mistura de droga, sendo certo que o apelante ainda foi preso em local conhecido como ponto de venda.

Daí porque acertada a fração de 1/6 cominada para a redução, a qual se mantém.

Prosseguindo no exame das teses recursais é inviável a substituição da pena corporal por outras restritivas de direitos, eis que a parte final do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06 veda o amealho de tal benefício.

O mesmo, relativamente ao óbice legal, pode ser dito em relação ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, que deverá permanecer o inicialmente fechado, como decretado. Se o legislador ordinário, autorizado pelo Pacto Fundamental da República, equiparou o tráfico de drogas a crime hediondo, obrigando a fixação do regime mais rigoroso, qual seria o fechado, inaceitável contra-senso seria possibilitar a substituição almejada. Daí, é que nada de inconstitucional tem a norma prevista no art. 44. da Lei Especial.

No que diz respeito às penas, verifica-se que foram bem aplicadas, em dosimetria que não merece reparo. Sentença que se mantém.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Firme em tais razões, NEGOU PROVIMENTO ao apelo, nos termos da fundamentação retro.

Conforme se depreende, a sentença, ratificada pelo acórdão atacado, louva-se na quantidade de droga (33 sacolés de cocaína) para aplicar o quantum de diminuição no patamar de 1/6.

Nesse sentido, penso que justificada está a redução, pois esse é mesmo o espírito do mencionado dispositivo, que dispõe:

"Art. 42. 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."

Assim, concretamente fundamentada a pena, fixar outro *quantum* demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a variedade e a quantidade das substâncias apreendidas - 65,71g de "maconha" e 16,56g de "merla" - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do 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.

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho este julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

Quanto ao mais, é de ver 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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

No mesmo sentido:

Tráfico de drogas: “sursis” e substituição de pena por restritiva de direitos

A 1ª Turma julgou prejudicado *habeas corpus* em que condenado à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime fechado e 166 dias-multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33), pleiteava a suspensão condicional da pena nos termos em que concedida pelo Tribunal de Justiça estadual. Em seguida, deferiu, de ofício, a ordem para reconhecer a possibilidade de o juiz competente substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei. A impetração questionava acórdão que, em 9.3.2010, ao dar provimento a recurso especial do *parquet*, não admitira o *sursis*, em virtude de expressa vedação legal. Consignou-se que, ao julgar o HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010), o Supremo concluiu, em 1º.9.2010, pela inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º; e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, ambos na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito em apreço. Asseverou-se, portanto, estar superado este impedimento. Salientou-se que a convalidação da reprimenda por restritiva de direitos seria mais favorável ao paciente. Ademais, observou-se que o art. 77, III, do CP estabelece a aplicabilidade de suspensão condicional da pena quando não indicada ou cabível a sua substituição por restritiva de direitos (CP, art. 44). HC 104361/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.5.2011. (HC-104361)

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.

Ademais, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, entendendo inconstitucional o dispositivo da Lei nº 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A esse respeito, o Senado Federal editou a Resolução nº 5, publicada no DOU de 16 de março de 2012, suspendendo a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Contudo, na espécie, a substituição não é possível, pois a pena, transitada em julgado, é maior de quatro anos.

Quanto ao regime, equivoca-se a sentença, ratificada pelo acórdão da apelação, pois o pleito de fixar outro regime menos gravoso que o fechado foi negado apenas com referência à vedação legal (art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1990 com redação dada pela Lei nº 11.464/2007), que já não mais subsiste. Assim, já havendo trânsito em julgado da condenação, deve a questão ficar relegada ao juízo da execução.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** tão somente para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0224568-9

HC 192.430 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090610084181 83740220098190061

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SÉRGIO REIS DA CONCEIÇÃO GALDINO

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 parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.