



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 247.980 - SP (2012/0140416-8)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR  
CONVOCADO DO TJ/PR)  
AGRAVANTE : ANDRÉ DA ROSA RODRIGUES  
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOSCELITO DOS SANTOS TOSIN  
EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

A gravidade concreta do crime cometido pelo paciente, especialmente em razão da natureza e quantidade de drogas apreendida em seu poder, justificam a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a imposição do regime mais severo para cumprimento inicial da pena. Precedentes.

A forma mais gravosa de execução da pena imposta ao paciente em razão da gravidade concreta do crime cometido, evidenciada pela grande quantidade (10 kg) e natureza da droga apreendida ('crack') e por se tratar de tráfico interestadual - circunstâncias judiciais desfavoráveis - justificam a manutenção do regime inicial fechado.

Agravo regimental a que se nega provimento.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2012 (Data do Julgamento)

Ministro Campos Marques  
(Desembargador Convocado do TJ/PR)  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 247.980 - SP (2012/0140416-8)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR  
CONVOCADO DO TJ/RJ)  
AGRAVANTE : ANDRÉ DA ROSA RODRIGUES  
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOSCELITO DOS SANTOS TOSIN

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR  
CONVOCADO DO TJ/PR):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão da Presidência desta Corte (fl. 806), que indeferiu a liminar requerida no habeas corpus impetrado em favor de Joscelito dos Santos Tosin, nestes termos:

*"[...]"*

*A impetrante alega constrangimento ilegal ao negar-lhe o direito de aguardar o julgamento de seu recurso em liberdade.*

*Requer que seja reconhecido o direito do Paciente para ver aplicado a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito para cumprimento inicial da condenação uma vez que a reprimenda foi fixada em 3 (três) anos. Que seja reconhecido o direito do paciente à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo (2/3), ante a completa ausência de fundamentação para a não aplicação da minorante, já que as condições pessoais do Paciente permitem a concessão da redução da pena, assim como a devida substituição. (fl. 17/18).*

*2. O deferimento da medida liminar implica o exame do próprio mérito da impetração, tarefa insuscetível de ser realizada em juízo preliminar.*

*Indefiro, por isso, a medida liminar" (fl. 806).*

O agravante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal, porque a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 00157-16.2006.8.26.0602, negou ao ora paciente, o direito de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

responder o processo em liberdade, bem como não autorizou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Narra que ele foi condenado em primeiro (1º) grau, a uma pena de três (3) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (artigo 12, *caput*, da Lei n. 6.368/1976).

Relata, ainda, que a defesa recorreu da sentença condenatória, tendo pleiteado na apelação a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, de acordo com o art. 44 e incisos, do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/1998, bem como pelo reconhecimento do direito a redução prevista na Lei n. 11.343/2006, tendo o Tribunal local negado provimento ao recurso e determinado a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Afirma que a autoridade coatora, por entender que não é possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da gravidade do delito praticado pelo paciente, qual seja, tráfico ilícito de entorpecentes, contrariou a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Argumenta que o STF, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, e que o Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, suspendeu a execução da referida expressão.

Aduz que o paciente jamais se dedicou a atividade criminosa, é primário e de bons antecedentes, sendo o presente caso o único registro de antecedentes criminais. Diz que ele tem endereço fixo, bem como se encontra trabalhando para sustentar seus dois filhos menores, dos quais detém a guarda, bem como respondeu todo o processo em liberdade e não representa risco à ordem pública, a conveniência da instrução penal e à futura aplicação da lei penal.

Por fim, sustenta que a decisão agravada merece ser reformada, visto que patente o constrangimento ilegal impingido ao paciente, ao negar-lhe o direito de aguardar em liberdade o julgamento de seu recurso. Assevera que estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, não sendo plausível a vedação à substituição da pena por restritivas de direito, com base apenas na quantidade de droga apreendida, sem qualquer menção específica às suas condições especiais.

Requer a reconsideração da decisão que indeferiu liminarmente o habeas corpus impetrado.

Informações recebidas da autoridade coatora (fls. 828-861).



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 247.980 - SP (2012/0140416-8)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR  
CONVOCADO DO TJ/RJ)  
AGRAVANTE : ANDRÉ DA ROSA RODRIGUES  
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOSCELITO DOS SANTOS TOSIN

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

A gravidade concreta do crime cometido pelo paciente, especialmente em razão da natureza e quantidade de drogas apreendida em seu poder, justificam a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a imposição do regime mais severo para cumprimento inicial da pena. Precedentes.

A forma mais gravosa de execução da pena imposta ao paciente em razão da gravidade concreta do crime cometido, evidenciada pela grande quantidade (10 kg) e natureza da droga apreendida ('crack') e por se tratar de tráfico interestadual - circunstâncias judiciais desfavoráveis - justificam a manutenção do regime inicial fechado.

Agravo regimental a que se nega provimento.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 247.980 - SP (2012/0140416-8)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)  
AGRAVANTE : ANDRÉ DA ROSA RODRIGUES  
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOSCELITO DOS SANTOS TOSIN

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)(Relator):

Ao que se verifica dos autos, o paciente foi condenado, por infração ao disposto no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/1976, a uma pena de três (3) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, por ser equiparado a crime hediondo, tendo o Juiz sentenciante deixado de conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, "ao fundamento do inciso III, do artigo 44 do Código Penal, por considerar a medida insuficiente para a adequada reprimenda da infração penal, mormente considerando a expressiva quantidade de droga apreendida e a traficância interestadual" (fl. 619, grifo nosso).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, no que tange ao regime inicial de cumprimento da pena e quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, negou provimento ao recurso, no que interessa, nestes termos:

"Quanto ao regime, o inicial fechado é o único possível (Lei nº 11.464/2007).

Afinal, saiu ele condenado pela prática de crime equiparado a hediondo, cuja pena, por disposição expressa de lei, tem cumprimento inicial em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90).

E não cabe ao julgador, 'data venha', a fixação de regime prisional diverso daquele imposto pela norma, sob pena de verdadeira decisão '*contra legem*'.

Tudo em atenção, também, ao art. 33, § 3º, do Código Penal.

Pois evidentes as nefastas circunstâncias e conseqüências que o crime de tráfico de entorpecentes causa à sociedade, o que demanda



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime gravoso.

Ainda mais aqui, considerada a interestadualidade da narcotraficância e a enorme quantidade de cocaína em forma de 'crack' comercializada pelos acusados - que, vale dizer, abasteciam de entorpecentes a pacata comarca de Sorocaba, facilitando e incentivando o vício de um sem-número de indivíduos.

Daí que impossível falar-se em imposição de regime mais brando aos acusados, face, também, à gravidade do delito praticado.

Impossível, de outro modo, a concessão de penas restritivas de direitos em casos de crimes considerados ou equiparados a hediondos, como aqui.

Primeiro que seria contra-senso supor que crimes de tão elevada gravidade e relevância pudessem ser abrangidos por esta figuração.

Depois que a lei que criou os benefícios não pode atingir legislação especial, mas tão apenas a ordinária.

[...]

De mais a mais, os acusados, não se cansa de repetir, traziam enormes quantidades de um dos mais nocivos entorpecentes de que se tem notícia - nada menos do que cerca de dez quilos de 'crack' - do Estado do Mato Grosso, para comercializá-los na pacata cidade interiorana de Sorocaba.

Daí se vê que a aplicação das penas alternativas não se mostra jamais recomendável (art. 44, III, do Cód. Penal)" (fls. 796-798, destaques do original).

No presente *writ*, o agravante busca, em suma, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao paciente, sustentando a presença dos requisitos do artigo 44 do Código Penal e a inexistência de vedação legal à pretendida substituição, bem como a fixação de regime inicial de cumprimento da reprimenda diverso do fechado.

De fato, como afirmou o agravante, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256/RS, da relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4º, da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei n. 11.343/2006.

Nada obstante o entendimento supracitado, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos condiciona-se ao preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 44 e incisos do Código Penal.

Ao que se verifica dos autos, a instância ordinária não autorizou a conversão da pena em restritiva de direitos, em razão da ausência do preenchimento do requisito subjetivo, tendo em vista a interestadualidade da narcotraficância e a enorme quantidade de 'crack' apreendido, cerca de 10 (dez) quilos.

A jurisprudência desta Corte, em hipóteses semelhantes, tem entendimento no sentido de que não se mostra recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida, bem como diante da ausência dos requisitos do art. 44 do Código Penal. Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes, dentre outros:

*"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE. SURSIS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI N.º 11.343/2006. REPRIMENDA SUPERIOR A 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.*

*1. Os Pacientes foram condenados à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, como incursos no art. 33, caput c.c. o art. 40, inciso V, c.c. o art. 33, § 4.º, todos da Lei n.º 11.343/2006, por trazerem consigo, para fins de traficância, 10.087 Kg de "cocaína".*

*2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.*

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida - mais de 10 Kg de "cocaína".

4. Sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, devem os Pacientes iniciar o cumprimento de suas penas no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

5. A Quinta Turma desta Corte Superior tem reiteradamente decidido que a vedação à concessão de sursis, contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, continua em vigor, pois não foi objeto de controle de constitucionalidade. Ademais, a medida despenalizadora também não poderia ser aplicada na espécie, porque os Paciente tiveram a pena privativa de liberdade fixada em patamar superior a 02 (dois) anos de reclusão.

6. Ordem denegada" (HC 170.330/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Julgamento realizado em 27.3.2012, DJe de 3.4.2012).

"HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUNAL FEDERAL. SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DA EXECUÇÃO DE PARTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 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, e a suspensão da execução, pelo Senado Federal, de parte do art. 33, § 4º, da citada lei, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A gravidade concreta do delito cometido, demonstrada pela diversidade, quantidade e natureza dos entorpecentes encontrados, é fator que demonstra que, na espécie, a negativa de conversão da sanção reclusiva se encontra justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

3. Inviável acoimar de ilegal a decisão da Corte Estadual que indeferiu a permuta, por entender não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO ART. 2.º, § 1.º, DA LEI N.º 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO MAIS SEVERO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*para esses tipos de delitos deve ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.*

*2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal, somada à gravidade concreta do crime cometido pelo agente, especialmente em razão da natureza e quantidade de entorpecente capturado em seu poder, justificam a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.*

*3. Ordem denegada" (HC 228.872/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Julgamento realizado em 14.8.2012, DJe de 30.8.2012).*

*"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE JULGAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM RESTRITIVA DE DIREITOS. ÓBICE AFASTADO PELO STF. NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS ELENCADOS NO ART. 44 DO CP. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE RECONHECERAM SER INADEQUADA A SUBSTITUIÇÃO COM ESTEIO EM ELEMENTOS DOS AUTOS. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.*

*[...]*

*V. Em que pese o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade das expressões constantes no § 4º do artigo 33 e artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006, bem ainda a recente edição pelo Senado da Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução do texto legal, a conversão da penal corporal em restritiva de direitos depende do atendimento aos requisitos elencados no artigo 44 do Código Penal.*

*VI. As instâncias ordinárias reconheceram a impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos com esteio em elementos concretos dos autos, considerando as circunstâncias da apreensão do réu em flagrante, bem como a natureza mais lesiva do crack e a quantidade de droga depositada na*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*residência do acusado, que seria ponto de venda de entorpecentes.*

*VII. Conforme o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, a concessão do benefício do art. 44 do Código Penal depende do preenchimento dos requisitos de natureza objetiva e subjetivas, cabendo ao Julgador analisar a pertinência da conversão da pena corporal em restritiva de direitos, com base nos elementos dos autos (Precedente).*

*VIII. Maiores incursões acerca do tema que demandariam revolvimento do conjunto fático-comprobatório dos autos, o que se mostra inviável em sede de writ, não tendo sido aferida flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem, caracterizando o uso inadequado do instrumento constitucional.*

*IX. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator" (HC 240.141/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Julgamento realizado em 12.6.2012, DJe de 20.6.2012).*

Assim, mostra-se inadequado, no caso, a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

De outra parte, no que tange ao regime inicial de cumprimento da pena, o juiz sentenciante (fl. 617), não obstante, o paciente tenha sido condenado a uma pena de três (3) anos de reclusão, pela prática do crime descrito no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/1976, em observância ao disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, por se tratar de delito equiparado aos hediondos, estabeleceu o regime fechado.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, no julgamento do recurso de apelação da defesa, manteve o regime prisional fixado na sentença, nos seguintes termos:

*"Quanto ao regime, o inicial fechado é o único possível (Lei n. 11.464/2007).*

*Afinal, saiu ele condenado pela prática de crime equiparado a hediondo, cuja pena, por disposição expressa de lei, tem cumprimento inicial em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90).*

*E não cabe ao julgador, 'data venha', a fixação de regime prisional diverso daquele imposto pela norma, sob pena de verdadeira decisão 'contra legem'.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Tudo em atenção, também, ao art. 33, § 3º, do Código Penal.*

*Pois evidentes as nefastas circunstâncias e conseqüências que o crime de tráfico de entorpecentes causa à sociedade, o que demanda regime gravoso.*

*Ainda mais aqui, considerada a interestadualidade da narcotraficância e a enorme quantidade de cocaína em forma de 'crack' comercializada pelos acusados - que, vale dizer, abasteciam de entorpecentes a pacata comarca de Sorocaba, facilitando e incentivando o vício de um sem-número de indivíduos.*

*Daí que impossível falar-se em imposição de regime mais brando aos acusados, face, também, à gravidade do delito praticado" (fls. 796-797).*

Com efeito, após o Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, esta Corte firmou entendimento no sentido de que para os crimes de tráfico de drogas, cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/76, o regime inicial de cumprimento de pena deve se regido com base nos ditames do Código Penal.

Desse modo, se o crime de tráfico ilícito de drogas foi cometido na vigência da Lei n.º 6.368/1976, a previsão constante da Lei n.º 11.464/2007 – que estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado - , por ser, no ponto, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, §§ 2.º e 3.º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado desta Turma:

*"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI N.º 11.464/2007. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.*

*2. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não permanece nenhum empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes.*

*3. Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda a adequação do regime prisional, nos termos do art. 33 do Código Penal, bem como o exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos. (HC 159.172/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 21.11.11).*

Isto posto, afastado o óbice à fixação de regime inicial menos gravoso, em atendimento à correta aplicação da individualização da pena, deve o juiz analisar a presença dos requisitos do art. 33 do Código Penal, para fixar o regime inicial adequado de cumprimento da reprimenda.

Como já relatado, a sentença condenatória e o acórdão hostilizado, analisando as circunstâncias previstas no art. 59 do CP, consideraram que a forma mais gravosa de execução da sanção imposta ao paciente se justificava, em razão da gravidade concreta do delito cometido, evidenciada pela considerável quantidade de droga apreendida em seu poder (cerca de 10 (dez) quilos de 'crack') e por se tratar de tráfico interestadual de drogas.

Desse modo, embora o requisito da alínea 'c' do § 2º do art. 33 do Código Penal, qual seja, condenado não reincidente e pena inferior a quatro anos, permita a fixação do regime inicial aberto, melhor sorte não assiste ao paciente no que tange ao § 3º do mesmo dispositivo legal, de observância também obrigatória pelo o juiz na fixação do regime inicial prisional. *In casu*, como já demonstrado, as circunstância judiciais consideradas pela instância ordinária, se mostram, a meu sentir, aptas justificar a manutenção do regime inicial fechado, dada a quantidade e natureza da



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

droga apreendida e por se tratar de tráfico interestadual.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao agravo regimental.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0140416-8      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **AgRg no**  
HC 247.980 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11571620068260602 4942006 9742963

EM MESA

JULGADO: 23/10/2012

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : ANDRÉ DA ROSA RODRIGUES  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOSCELITO DOS SANTOS TOSIN  
CORRÉU : MIGUEL GONÇALVES FILHO

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

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : ANDRÉ DA ROSA RODRIGUES  
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOSCELITO DOS SANTOS TOSIN

#### **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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.