



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.959 - SP (2012/0073576-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LOBO DA LUZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELTON PABLO DE SOUSA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

5. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

NARCOTRÁFICO. 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 DO STJ.

DESFAVORABILIDADE DOS ANTECEDENTES, CONDUTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SOCIAL E PERSONALIDADE. ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. 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, 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 6.368/76, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Desfavoráveis as circunstâncias judiciais dos antecedentes criminais, conduta social e personalidade do agente, inviável acoimar de flagrantemente ilegal o acórdão no ponto em que manteve a negativa de permuta, por entender não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para o deferimento do benefício.

PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. MODO MAIS SEVERO. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME SEMIABERTO DEVIDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. 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. Não obstante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, 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 a quantidade de droga apreendida não foi elevada - 68 gramas de maconha - sendo devido o estabelecimento do modo semiaberto, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

3. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, apenas para fixar o regime inicial **semiaberto** para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.959 - SP (2012/0073576-7)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LOBO DA LUZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELTON PABLO DE SOUSA SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de WELTON PABLO DE SOUSA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação n.º 0051829-60.2006.8.26.0050, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à sanção de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o regime semiaberto seria o mais adequado ao caso em comento, tendo em vista a quantidade de pena aplicada e favorabilidade das circunstâncias judiciais.

Destaca que apesar da proibição expressa do art. 2ª, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, os Tribunais Pátrios estariam reconhecendo a possibilidade de fixação de modo de execução mais brando aos condenados pelo delito de tráfico de drogas quando preenchidos os requisitos do art. 33 do Código Penal.

Reclama também que a vedação à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei de Drogas, seria inconstitucional, conforme já pacificado pela jurisprudência, salientando que a referida proibição já teria inclusive sido suspensa pela Resolução n.º 5 do Senado Federal.

Requeru, liminarmente, que fossem suspensos os efeitos do acórdão objurgado e, no mérito, pugna pela fixação do regime inicial semiaberto, bem como pela conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, apenas para que seja determinado ao Juízo das Execuções que analise o preenchimento pelo paciente dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, necessários ao deferimento da substituição de penas.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.959 - SP (2012/0073576-7)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o Recurso Especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado em primeira instância à sanção de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito do art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/79, porque no dia 29-06-2006, por volta das 8h, juntamente com a corré "*previamente mancomunados entre si, foram surpreendidos, por policiais civis, pois os mesmos tinham em depósito e guardavam, para o fim de comércio, 68,7 gramas, de 'Cannabis sativa L' (maconha), substância entorpecente esta que determina a dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar*" (fls. 11).

Inconformada a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe negou provimento.

Inicialmente, 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:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 prejudicial ao réu, não pode retroagir, de modo que na época da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 o magistrado singular entendeu ser inviável a permuta pelos motivos a seguir expostos:

A pena-base foi fixada um pouco acima do mínimo em razão dos antecedentes [...], o que também impede a incidência de qualquer causa de diminuição ou substituição da pena. (fls. 17)

A Corte Estadual, do mesmo modo, manteve o afastamento da referida benesse sob a seguinte fundamentação:

*Com efeito, o art. 44 da Lei nº da Lei nº 11.343/06 vedou expressamente a conversão das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, sendo certo que, referido artigo, está em vigor e merce cumprimento; não havendo notícias de que sua inconstitucionalidade tenha sido declarada no controle concentrado (CF - art. 102, I, 'a'), pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (com eficácia **erga omnes**) e tampouco teve sua executoriedade suspensa, em controle difuso de constitucionalidade, por resolução do Senado, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.*

Demais disso, a substituição se mostra incompatível com o delito perpetrado pelo apelante, ou seja, tráfico de entorpecentes, crime de natureza gravíssima que vem causando intranquilidade à população ordeira, principalmente as famílias no sentido de desagregá-las, além de fomentar a realização de outras infrações. (fls. 26/27)

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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

No presente caso, observa-se que foram consideradas desfavoráveis ao paciente a sua conduta social, personalidade e antecedentes (fls. 17), tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, pelo que não há o que se falar em constrangimento ilegal em razão da negativa de permuta, pois não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44, III, do Código Penal para a concessão da benesse no caso concreto, e, como observado no aresto combatido, há necessidade de preenchimento de todos os requisitos exigidos no referido artigo de lei para tanto.

A propósito:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INDICAÇÃO DE ARTIGOS CONSTITUCIONAIS. VIA IMPRÓPRIA. ART. 12 DA LEI N.º 6.368/76. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE.

"1. A análise de pretensa violação a preceito constitucional não é possível ser realizada por esta Corte, mas exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

"2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve atender os requisitos previstos no art. 44,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inciso III, do Código Penal. Em sendo assim, existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, é possível negar tal benefício.

"3. Recurso desprovido" (REsp n. 966.426/RN, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 9-10-2007).

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, já que a manutenção da negativa encontra-se fundamentada.

No que tange ao modo inicial de cumprimento de pena fixado para o crime de tráfico de drogas, evidencia-se que o magistrado singular assim se manifestou:

Quem se envolve na prática do crime de tráfico de drogas, inquestionavelmente tem personalidade perigosa ao convívio social, razão pela qual cumprirá a pena no regime inicial fechado [...]. (fls. 17)

O Tribunal coator, por sua vez, no julgamento da apelação, entendeu devida a manutenção do regime fechado, nestes termos:

Inviável a imposição de regime prisional mais brando, por se tratar de crime gravíssimo, equiparado aos crimes hediondos, sendo que o único regime compatível com esse tipo de infração é o inicial fechado, ainda que o agente seja primário. (fls. 27)

Consta da exordial acusatória que os fatos imputados ao paciente relacionados ao crime de tráfico de drogas ocorreram **no ano de 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desta forma, 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 se verifica na hipótese *sub examine*.

Por todo o exposto, merece, no caso, ser fixado o regime inicial **semiaberto**, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, do CP, pois, apesar de haver sido aplicada a pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão - que em tese admitira a escolha do modo aberto - e de ser reduzida a quantidade de substância entorpecente apreendida - **68,7 gramas de *Cannabis Sativa* Lineu (maconha)** -, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal ante a desfavorabilidade dos antecedentes criminais, conduta social e personalidade, co que autoriza a imposição do modo intermediário de execução ao paciente.

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, entretanto, concede-se o *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para fixar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0073576-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 238.959 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50060518294 518296020068260050 9332006

EM MESA

JULGADO: 13/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RICARDO LOBO DA LUZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WELTON PABLO DE SOUSA SILVA
CORRÉU	: MARIA JOSÉ DA SILVA

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.