



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.438 - SP (2010/0224583-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GERSON GODOY DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GERSON GODOY DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/6. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS BRANDO QUE O FECHADO. ANÁLISE *IN CONCRETO* PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via, angusta por excelência
2. Concretamente fundamentada a diminuição da pena (1/6), na terceira fase da dosimetria, na quantidade de droga (90 gramas de cocaína), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.
3. 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.
4. Na espécie, negado o regime mais brando na literalidade das leis já superadas e havendo trânsito em julgado da condenação, fica relegado o tema ao Juízo da Execução.
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, 18 de junho de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.438 - SP (2010/0224583-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GERSON GODOY DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GERSON GODOY DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por GERSON GODOY DE SOUZA em seu próprio favor, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 990.10.120811-3).

O paciente foi condenado por tráfico, em primeiro grau de jurisdição, a 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, por prática de tráfico de drogas (fls. 36/59).

Manejada apelação, foi parcialmente provida, apenas para reduzir a pena-base ao mínimo legal e aplicar a causa especial de diminuição no patamar mínimo (1/6), ficando a pena final em 4 anos e 2 meses de reclusão, mantida no mais a sentença (fls. 60/67).

Daí a presente impetração, de próprio punho do condenado, pretendendo a absolvição, a fixação da causa especial de diminuição pelo máximo e a imposição do regime semiaberto.

A liminar foi indeferida pela Presidência desta Corte (fl. 29) e, prestadas informações (fls. 34/72), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 75/79).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.438 - SP (2010/0224583-1)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/6. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS BRANDO QUE O FECHADO. ANÁLISE *IN CONCRETO* PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via, angusta por excelência
2. Concretamente fundamentada a diminuição da pena (1/6), na terceira fase da dosimetria, na quantidade de droga (90 gramas de cocaína), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.
3. 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.
4. Na espécie, negado o regime mais brando na literalidade das leis já superadas e havendo trânsito em julgado da condenação, fica relegado o tema ao Juízo da Execução.
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) absolvição; b) aplicação da causa especial de diminuição pelo máximo e c) a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

De início, o *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, ainda mais porque na espécie há trânsito em julgado da condenação, sendo certo, então, que o pleito em análise tem contornos de revisão criminal, tentando transformar esta Corte, por vias oblíquas, em terceira instância revisora.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. NEGATIVA DE AUTORIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVAS. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE EXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL A QUO EM CONSEQUÊNCIA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL. DIREITO DA PACIENTE DE AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO CRIMINAL.

1. Não é possível, na via exígua do habeas corpus, proceder o revolvimento de provas para absolver o ora Paciente, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta quanto à autoria e materialidade delitiva.

2. Prospera a alegação de ilegalidade na expedição de mandado de prisão pelo Tribunal *a quo* em consequência do julgamento da apelação, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *habeas corpus* n.º 91.676 e o RHC n.º 93.172, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da sentença penal.

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, concedida a ordem para assegurar ao ora Paciente, salvo se estiver preso por outro motivo, que aguarde em liberdade o trânsito em julgado do processo criminal. (HC 132784/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 03/08/2009)

PETIÇÃO RECEBIDA COMO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ESTUPRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DENEGO A ORDEM.

1. A via estreita do habeas corpus não se presta à ampla dilação probatória, como se fosse um segundo recurso de apelação. Logo, na ação mandamental de rito sumaríssimo, é incabível a análise das argumentações de inocência do acusado e de insuficiência de provas para a condenação. (Precedentes)

2. Ordem denegada. (HC 125001/SP, Relator Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), DJe 01/07/2009)

No mais, vejamos o que disse a sentença (fls. 49/52):

Na fixação da pena do acusado Gerson, tendo em vista que se trata de acusado que ostenta conduta social amplamente desfavorável (fls. 136/137), já tendo se envolvido em outros fatos típicos, atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, entendo deva fixar a pena-base pelo delito de tráfico de substâncias entorpecentes (artigo 33 da Lei nº 11.343/06), um pouco acima de seu mínimo legal, com elevação de 1/6 (um sexto) ou seja, ao cumprimento de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, sendo calculada cada diária no seu valor mínimo, eis que não comprovada a potencialidade econômica do acusado, ausentes circunstâncias atenuantes, a se considerar, como também causas de aumento ou de diminuição de pena.

Na fixação do regime de cumprimento de pena, atento ao fato que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cuida de delito equiparado a hediondo nos termos da Lei nº 8.072/90 alterada pela Lei nº 11.464/07, entendo deva fixar o regime inicial fechado para a pena de reclusão, até porque se tem que o crime em questão é de exacerbada gravidade, atingindo uma das maiores riquezas do país, ou seja, a sua juventude, ainda mais em cidade de vocação universitária, como a presente (a Unipinhal recebe milhares de jovens, semestralmente), o que, nos estritos termos do advento da norma contida no artigo 33 e seus consectários do Código Penal, autoriza exasperação no que pertine à fixação do regime de pena (a pena, aliás, como se observa acima, é superior ao limite de quatro anos exigido para a concessão de um regime aberto, diga-se *en passant*).

Tendo em vista trata-se de crime hediondo, não há que se falar, sequer em tese, em substituição da pena aplicada, nos termos da nova redação do artigo 44 do Código Penal, conferida pela Lei nº 9.714/98.

(...)

Deixo, destarte, de substituir a pena privativa de liberdade aplicada ao acusado por entender, diante de todos os motivos já mencionados, totalmente incompatível a nova redação da norma contida no artigo 44 do Código Penal, para os crimes hediondos e aqueles a eles equiparados, hipótese na qual se cuida do caso vertente.

O acórdão, por sua vez, fixou (fls. 66/67):

Irrecusável, destarte, a condenação.

As penas, contudo, comportam redução, restando concretizadas em 04 anos e 02 meses de reclusão e 416 dias-multa (pena-base de 5 anos e 500 dias multa - 1/6 pela causa de diminuição obrigatória).

Afastou-se a exacerbação da pena-base porque fundada em boletins de antecedentes (fls. 136/137), que não se prestam a tanto.

Na espécie, GERSON é primário e não há evidências de que se dedique a atividades criminosas, circunstâncias que justificam a aplicação da pena em seu mínimo legal.

Assim, não incidindo em nenhum impedimento legal, não se lhe pode denegar o benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

No seu caso, o percentual adequado é de 1/6, tendo em vista a quantidade e a grande nocividade da droga apreendida (quase 90g de cocaína).

Mantém-se o regime inicial fechado que, aliás, decorre de expressa disposição legal.

Ante o exposto, deram provimento parcial à apelação para reduzir as penas de GERSON GODÓI DE SOUZA a 04 anos e 02 meses de reclusão, e pagamento de 416 dias-multa, mantendo, no mais, por seus próprios fundamentos, a r. sentença recorrida.

Conforme se depreende, o acórdão atacado louva-se na quantidade e no tipo de droga (90 gramas 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 concluíra, 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, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expandido, entendendo inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A esse respeito, o Senado Federal editou a Resolução n.º 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 n.º 11.343/2006.

Contudo, na espécie, a substituição não é pedida e, mesmo que fosse, a pena transitada em julgado é maior de quatro anos.

Quanto ao regime, negado o mais brando com base em leis já ultrapassadas e já havendo trânsito em julgado, o tema deve ficar relegado 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial de cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0224583-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 192.438 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1432009

990101208113

EM MESA

JULGADO: 18/06/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GERSON GODOY DE SOUZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GERSON GODOY DE SOUZA (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia 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.