



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.731 - SP (2010/0205168-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIA VICTÓRIA DE BARROS CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO FERREIRA DE FRANÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO. HEDIONDEZ CARACTERIZADA. REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ÓBICES LEGAIS INVOCADOS NÃO MAIS SUBSISTENTES. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. REMESSA AO JUIZ DA EXECUÇÃO PARA ANALISAR O CASO CONCRETO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA, MAS CONCEDIDA A ORDEM PARCIALMENTE.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal inominado.
2. A incidência da causa especial de diminuição no tráfico (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006) não retira o caráter hediondo deste delito, dado que somente ocorre uma redução da reprimenda. Não há crime autônomo, porquanto não existe cominação de pena exclusiva, apenas frações são estipuladas a incidir no *quantum* previsto para o *caput* do artigo 33.
3. A questão referente à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foi decidida na origem e, por isso mesmo, não merece conhecimento, sob pena de supressão de instância.
4. Nada obstante, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito do art. 33 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.
5. Na espécie, negada a fixação de outro regime diferente do fechado com base na literalidade das leis já superadas e havendo trânsito em julgado da condenação, fica a pretensão relegada ao Juízo da Execução.
6. Impetração não conhecida, mas concedida a ordem, *ex officio*, apenas para determinar ao Juízo das Execuções que, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual 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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 23 de abril de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.731 - SP (2010/0205168-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIA VICTÓRIA DE BARROS CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO FERREIRA DE FRANÇA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCIO FERREIRA DE FRANÇA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 993.07.003492-0).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, mais 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, tipificado no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76, tendo sido absolvido do art. 18, IV, da mencionada lei.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* deu parcial provimento para condenar o acusado a 1 ano e 8 meses, por infringência ao art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, aplicando, ainda, a minorante prevista no § 4.º do dito artigo, pelo máximo. Eis os termos da ementa que encima o acórdão (fl. 29):

TRÁFICO DE DROGAS. Absolvição por falta de provas ou desclassificação para o delito de porte para uso próprio. inadmissibilidade. Negativa de autoria isolada no conjunto probatório. Sólidas provas material e oral. Hipótese na qual sobrelevam a quantidade e a forma de acondicionamento da droga apreendida. Contudo, diminuição da pena que se impõe. Hipótese de retroatividade da lei penal, haja vista ser mais benéfica. Recurso parcialmente provido.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que o paciente é "primário e levando-se em conta os motivos que levaram o E. Tribunal de Justiça a diminuir a pena em sua fração máxima (pouca quantidade de droga - 23 g - e seu não envolvimento com organização criminosa), não subsiste qualquer razão para o cumprimento da pena em regime fechado" (fl. 2).

Aduz que "a pena-base imposta ao paciente foi fixada no mínimo legal, pois as circunstâncias do art. 59 do Código Penal lhe foram favoráveis" (fl. 2). E prossegue, afirmando que "não há razão para se estabelecer regime mais severo para o início de cumprimento de pena" (fl. 2).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Salienta que "a gravidade do delito em abstrato não pode ser tomada como fundamento para a escolha do regime mais gravoso" (fl. 2).

Invoca os enunciados n.º 718 e n.º 719 da Súmula do Pretório Excelso.

Destaca que o tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, não deve ser tido por hediondo, em virtude da aplicação do mesmo raciocínio do homicídio qualificado e privilegiado, cuja hediondez é afastada.

Enfatiza, ainda, que o paciente preenche todos os requisitos para a substituição da pena reclusiva pela restritiva de direitos, diante da inconstitucionalidade da vedação prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/06.

Requer, liminarmente, que não seja expedido o mandado de prisão antes do julgamento final deste *writ*. No mérito, pleiteia a fixação do regime aberto como inicial para o cumprimento da pena imposta e a substituição da reprimenda por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 46/48) e, prestadas informações (fls. 57/76 e fls. 78/245), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 248/249).

Informações complementares (fls. 297), prestadas em 9 de abril de 2013, esclarecem que a pena do paciente ainda foi extinta, com término previsto para julho de 2013.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.731 - SP (2010/0205168-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO. HEDIONDEZ CARACTERIZADA. REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ÓBICES LEGAIS INVOCADOS NÃO MAIS SUBSISTENTES. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. REMESSA AO JUIZ DA EXECUÇÃO PARA ANALISAR O CASO CONCRETO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA, MAS CONCEDIDA A ORDEM PARCIALMENTE.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal inominado.

2. A incidência da causa especial de diminuição no tráfico (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006) não retira o caráter hediondo deste delito, dado que somente ocorre uma redução da reprimenda. Não há crime autônomo, porquanto não existe cominação de pena exclusiva, apenas frações são estipuladas a incidir no *quantum* previsto para o *caput* do artigo 33.

3. A questão referente à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foi decidida na origem e, por isso mesmo, não merece conhecimento, sob pena de supressão de instância.

4. Nada obstante, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito do art. 33 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.

5. Na espécie, negada a fixação de outro regime diferente do fechado com base na literalidade das leis já superadas e havendo trânsito em julgado da condenação, fica a pretensão relegada ao Juízo da Execução.

6. Impetração não conhecida, mas concedida a ordem, *ex officio*, apenas para determinar ao Juízo das Execuções que, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

Na espécie, após o julgamento da apelação, ao invés da defesa interpor o recurso cabível, deixou escoar o prazo *in albis* e fez impetrar, diretamente nesta Corte, o presente *writ*, como se fosse um sucedâneo recursal inominado.

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

O pleito aqui é de fixação do regime aberto e da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Mister fixar, desde logo, que a aplicação da causa especial de diminuição, não retira a hediondez do delito de tráfico.

Com efeito, a Lei n.º 8.072/90 equipara, em seu artigo 2º, o tráfico ilícito de entorpecentes aos delitos hediondos, sujeitando-o às disposições normativas pertinentes aos crimes assim caracterizados. O intuito do legislador foi cominar um maior gravame aos delitos considerados como mais ofensivos à sociedade, merecendo, portanto, um incisivo juízo de reprovação.

Nesse âmbito, a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, não retira a hediondez do tráfico. Com efeito, persiste a traficância, a conduta delitiva ainda é o tráfico, somente ocorre uma redução da reprimenda - de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) - desde que atendidos certos requisitos: ser o agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

É de ver que inexiste delito autônomo, não há cominação de pena exclusiva para o chamado "tráfico privilegiado", apenas se estipula frações a incidir no *quantum* previsto para o *caput* do artigo 33 da referida lei. Ademais, o legislador em nenhum momento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ressalvou o crime de tráfico com a aplicação da causa de diminuição do rol dos delitos hediondos.

Nesse sentido, confirmam-se estes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 ('TRÁFICO PRIVILEGIADO'). AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPROCEDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NOVO TIPO PENAL. INADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRAZOS PREVISTOS PARA OS CRIMES COMUNS. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não é suficiente para provocar o afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o 'tráfico privilegiado' tipo autônomo. Assim, em casos tais, não podem ser considerados - como requisito objetivo para a obtenção de benefícios da execução penal - os prazos estabelecidos para os crimes comuns.

2. Se o tráfico de drogas (ilícito penal assemelhado a hediondo) foi praticado na vigência da Lei nº 11.464/2007, devem incidir os lapsos temporais de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime, bem como o prazo disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/2006 para o livramento condicional.

3. Ordem denegada.

(HC 219.960/MS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 05/12/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

1. Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, o pensamento legislativo se direcionou para aqueles crimes mais aviltantes e com expressiva lesividade.

2. A nova Lei de Tóxicos previu, em seu art. 33, § 4º, a possibilidade de se impor diminuição na pena fixada para o tráfico de drogas, quando o agente ou traficante for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

3. Tal circunstância, contudo, não retira do delito a sua hediondez ou sua considerável lesividade.

4. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

5. No caso, apesar de se tratar de réu primário, a quantidade e o tipo de entorpecente - foram apreendidos 7,4 kg de maconha e 0,12 kg de haxixe - recomendam a manutenção do regime fechado para início da expiação.

6. Pelas mesmas balizas, não se apresenta socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

7. Ordem denegada.

(HC 189.549/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 24/10/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS COM APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. INAPLICABILIDADE DO PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 112 DA LEP. ORDEM DENEGADA.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não tem o condão de afastar a equiparação constitucionalmente estabelecida entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos. Consequentemente, impõe-se a exigência do cumprimento de 2/5 (dois quintos) ou de 3/5 (três quintos) da pena imposta, como requisito objetivo para a progressão de regime, trazida pela Lei n.º 11.464/07.

2. Ordem denegada.

(HC 197.387/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DELITO NÃO HEDIONDO. HIPÓTESES DIVERSAS. PROGRESSÃO DE REGIME PRAZO DA LEI N.º 11.464/2007 QUE DEVEM SER RESPEITADOS. RECURSO PROVIDO.

I. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não desnatura a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

II. As espécies de homicídio não explicitadas na lei dos crimes hediondos, tal como sua figura privilegiada, não são, acertadamente, consideradas como tais, por haver a explicitação na Lei nº 8.072/90 das características peculiares que imprimem às figuras típicas o caráter repugnante, sendo que a hipótese do tráfico privilegiado, diversamente daquela, tem por objeto o histórico do criminoso, e não as características do crime praticado.

III. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não constitui tipo penal distinto do *caput* do mesmo artigo, não havendo, portanto, que se falar em concessão de progressão de regime ou de livramento condicional com o cumprimento dos prazos estabelecidos para os crimes comuns.

IV. Praticado delito hediondo na vigência da Lei n.º 11.464/2007, devem ser respeitados os lapsos temporais de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime, bem como o prazo disposto no art. 44, parágrafo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

único, da Lei n.º 11.343/2006 para o livramento condicional.

V. Recurso provido.

(REsp 1208274/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 23/09/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007. PROGRESSÃO DE REGIME COM FULCRO NO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL APÓS RESGATE DE 1/3 DA PENA (ART. 83, INCISO I, DO CP). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do réu primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.

2. Porque evidenciada a hediondez da figura insculpida no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas, não é o caso de se afastar a aplicação da Lei n. 11.464/2007, no tocante ao lapso necessário à concessão da progressão prisional, tampouco da regra prevista no art. 83, V, do Código Penal, que exige o cumprimento de mais de dois terços da pena para o benefício de livramento condicional.

3. Ordem denegada.

(HC 199.507/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 19/08/2011)

Mas, vejamos o que decidiu o acórdão atacado (fls. 34/37):

"(...)

No que tange à pena aplicada, entretanto, razão assiste à ilustre defesa.

Com efeito, conquanto condenado por infringência ao artigo 12 da Lei 6.368/1976, em cuja vigência, aliás, praticado o ato delituoso, considera-se mais benéfico a esse réu a aplicação do artigo 33 da Lei 11.343/2006, o qual, no respectivo parágrafo 4º, contempla causa de diminuição de pena.

Por sinal, pela imperatividade e dado o caráter norteador, não podem ser olvidadas as regras do artigo 5º, XL, da Constituição da República e do parágrafo único do artigo 2.º do Código Penal.

Nesse passo, ainda, e em homenagem ao princípio da extratividade da norma penal mais benéfica, deve-se, em concreto, considerar quadro mais favorável ao condenado, ou seja, se a respeito aplicável a lei antiga, cuja pena mínima é menor, ou a mais nova, que prevê incidência de causa de diminuição sobre quantum mais elevado.

Por outro lado, malgrado o entendimento do douto Procurador de Justiça, observa-se que o ora apelante é primário, de bons antecedentes e não se dedica a organização ou atividades criminosas. Outrossim, o volume do entorpecente apreendido não é elevado ao ponto dessa aplicação legal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perder razoabilidade.

Logo, porquanto lhe seja mais favorável a incidência dessa lei nova, fixa-se a pena-base no respectivo mínimo (hoje mais agravado), ou seja, cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.

Dado inexistirem circunstâncias atenuantes ou agravantes, mantém-se esse *quantum*.

Na terceira fase da dosimetria, presentes, como supradito, primariedade, bons antecedentes e não dedicação ou integração a atividades ou organizações criminosas, reduz-se de dois terços (2/3) essa pena, a qual, assim, totaliza um (1) ano e oito (8) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa.

Não se olvida, o valor da multa por esse raciocínio fica mais elevado. Porém, o *decisum* sobremodo beneficia o réu pelo quantum ao qual fica reduzida a pena privativa de liberdade.

Nessa conformidade, registra-se, *mutatis mutandis*, haver acórdão do Superior Tribunal de Justiça do qual relator o Ministro Felix Fischer (HC 133.635/SP - 2009/067695-0 -, 5ª Turma, julgado de 8 de setembro de 2009 e publicado em 9 de novembro último).

Sem embargo, acolhe-se a alegada impossibilidade de vedação à progressão de regimes, haja vista o advento da Lei 11.464/2007, a qual alterou a redação do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, impondo o cumprimento da pena por crimes hediondos e equiparados, dentre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes, em regime inicial fechado.

Por essas razões, condena-se o ora apelante por infringência ao artigo 33, *caput*, e § 4º, da Lei 11.343/2006 a cumprir pena de um (1) ano e oito (8) meses de reclusão em regime inicial fechado e a pagar cento e sessenta e seis (166) dias-multa no valor unitário mínimo.

À vista do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso."

Como se vê, o tema referente à substituição da pena não foi decidido na origem, o que impede o seu conhecimento, sob pena de supressão de instância.

Quanto ao mais, fixado o regime fechado com base em óbices legais, é mister tecer considerações.

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 foi superada pelo Pretório Excelso. 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)

Assim, embora o delito continue hediondo, 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).

Na espécie, já havendo trânsito em julgado, essa questão deve ficar relegada ao Juízo da execução.

Ante o exposto, não conheço da impetração, mas concedo a ordem, *ex officio*, apenas e tão-somente para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0205168-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 189731 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1060034050

11294103

13502006

993070034920

EM MESA

JULGADO: 23/04/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. .

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA VICTÓRIA DE BARROS CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARCIO FERREIRA DE FRANÇA

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Senhora 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.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.