

**HABEAS CORPUS**    **Nº 92.266 - RJ (2007/0238729-1)**

**RELATORA**        : **MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA  
CONVOCADA DO TJ/MG)**  
**IMPETRANTE**     : **ROSANE REIS LAVIGNE - DEFENSORA PÚBLICA**  
**IMPETRADO**      : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**PACIENTE**        : **JÚLIO CÉSAR RAMOS LAURENTINO**

**EMENTA**

CONSTITUCIONAL – PENAL – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS* – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – POSSIBILIDADE, EM SE TRATANDO DE CRIME COMETIDO SOB A VIGÊNCIA DA LEI ANTERIOR– REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA EQUIVOCADO – ORDEM CONCEDIDA PARA APLICAR A REDUÇÃO DA PENA, SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E, DE OFÍCIO, PARA SUBSTITUIR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PELO ABERTO, DESDE O INÍCIO.

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

3. É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o crime de tráfico de drogas foi cometido na vigência da Lei 6368/76 e o apenado reúne os requisitos para sua obtenção.

4. Se o réu é primário, a pena privativa de liberdade não excede quatro anos e as circunstâncias judiciais foram analisadas em seu favor, bem como o crime foi cometido durante a vigência da Lei 6368/76, impõe-se a fixação do regime aberto para seu cumprimento, desde o início.

5. Ordem concedida para aplicar retroativamente a causa

# Superior Tribunal de Justiça

especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, de ofício, substituir o regime inicialmente fechado pelo aberto, desde o início.

## 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, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Concediam, em menor extensão, o Sr. Ministro Hamilton Carvalho, que fará declaração de voto, e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalho, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 25 de março de 2008.(Data do Julgamento)

MINISTRA JANE SILVA  
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)  
Relatora

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 92.266 - RJ (2007/0238729-1)**

**RELATORA** : **MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)**  
**IMPETRANTE** : ROSANE REIS LAVIGNE - DEFENSORA PÚBLICA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : JÚLIO CÉSAR RAMOS LAURENTINO

## **RELATÓRIO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Júlio César Ramos Laurentino, contra acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que deu parcial provimento à apelação criminal interposta pelo paciente.

Sustenta o impetrante que, apesar de o paciente ser primário, de bons antecedentes e não integrar organização criminosa, o *decisum* impetrado não fez incidir sobre a pena aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, da Lei 11.343/06.

Indeferido o pedido liminar, foram solicitadas informações, junto à autoridade coatora, sendo elas devidamente prestadas.

O Subprocurador-Geral da República, Durval Tadeu Guimarães, opinou pela denegação da ordem.

Relatados, em mesa para julgamento.

**HABEAS CORPUS Nº 92.266 - RJ (2007/0238729-1)**

**RELATORA** : **MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)**  
**IMPETRANTE** : ROSANE REIS LAVIGNE - DEFENSORA PÚBLICA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : JÚLIO CÉSAR RAMOS LAURENTINO

**VOTO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (Relator):**

Verifiquei cuidadosamente as razões apresentadas pela impetrante e, ao compará-las com a decisão ora impugnada, com as informações prestadas e com os documentos acostados aos autos, vejo que devo acolher sua pretensão.

De fato, a jurisprudência pátria ainda não é pacífica no que se refere ao conflito de leis penais no tempo quando a legislação mais nova é gravosa em parte e benéfica no restante, como *in casu*.

A Carta Política de 1946, em seu artigo 141, §29, já previa a retroatividade da lei penal para beneficiar o réu. A antiga Parte Geral do Código Penal, em seu artigo 2º, depois de dizer no *caput* que ninguém poderia ser punido por fato que a posterior deixasse de considerar crime, cessando em virtude dela o cumprimento da pena e os efeitos penais da sentença condenatória, dispunha, em seu parágrafo único, que a lei benéfica posterior seria aplicável ao fato não definitivamente julgado e, apenas na parte em que cominasse pena menos rigorosa, atingiria o fato julgado por sentença condenatória irrecorrível.

A Constituição de 1967 estabelecia no seu artigo 150, §16 a observância da lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravasse a situação do réu, entendimento repetido na Emenda Constitucional de 1969.

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, através da Lei 7.209/1984, colocou-se fim à dúvida existente e ali se definiu, em seu artigo 2º, a irretroatividade da regra mais grave, passando-se a dispor, em seu parágrafo único, que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Logo, ficou definitivamente estabelecida a retroatividade benéfica, não só com referência às penas, mas também em relação a todos os seus aspectos favoráveis ao réu, determinando sua aplicação até mesmo durante o cumprimento da pena, ainda que depois do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A atual Carta da República, como não poderia deixar de ser, consagrou entre seus princípios o *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, expresso em seu artigo 5º,

XXXIX, ao dizer: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Em decorrência, fez constar uma regra geral sobre os conflitos das regras penais no tempo em seu inciso XV, dispondo que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, não estabelecendo limites para a retroatividade da *lex mitior*.

Assim, em princípio, vige a regra segundo a qual a norma aplicada ao autor de uma infração penal deve ser aquela vigente à época do fato criminoso – *tempus regit actum*. No entanto, essa regra deve ser vencida se o regramento posterior beneficiar o acusado.

A lei penal posterior mostra-se mais favorável para sua imposição retroativa não só quando deixa de considerar criminoso determinado fato (*abolitio criminis*), mas, também, quando beneficia, de qualquer maneira, o seu autor (*novatio legis in melius*).

Com efeito, a lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o artigo 5º, XL da Constituição da República e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

A Carta Magna, ademais, não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna, sendo que o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, a lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência (artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal).

Entretanto, há acentuada dúvida na doutrina quanto à forma de aplicação de lei nova ao fato criminoso anterior.

Dois são os posicionamentos adotados. Nelson Hungria, *in* “Comentários ao Código Penal”, vol. 01, 1949, p. 96, sustentava:

Examinaremos cada um desses casos de per si; mas, preliminarmente, cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis.

Esse também é o posicionamento de Heleno Fragoso, esposado *in* “Lições de Direito Penal. Parte Geral”, 16.ed., 2003, p. 126:

Em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu aplicando ambas parcialmente. O CP de 1969 continha a respeito disposição expressa (art. 2º, § 2º).

Jair Leonardo Lopes faz parte da mesma corrente doutrinária, consoante se extrai de “Curso de Direito Penal. Parte Geral”, 4.ed., 2005, p. 98:

Tem-se entendido que há de ser considerada como mais benigna aquela que, no seu conjunto, se apresente como a mais favorável, não se admitindo a aplicação de disposições de uma e outra, com o que

# Superior Tribunal de Justiça

não se estaria aplicando nem a lei anterior, nem a posterior, mas uma terceira lei elaborada com partes das duas outras.

Outros autores, como Costa e Silva, Aníbal Bruno e Fernando Capez esposam o mesmo entendimento.

Porém, essa opinião não é tranqüila, posto que outros doutrinadores, com argumentos igualmente sólidos, acham perfeitamente possível a consideração simultânea das duas normas em favor do réu. Atente-se para a abalizada opinião expendida por José Frederico Marques, *in* “Tratado de Direito Penal”, vol. 01, 1997, p. 256/257:

(...) dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, o julgador em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos por que se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente a Constituição. Se lhe está afeto escolher “o todo”, para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepujar a pruridos de lógica formal.

Muitos outros autores entendem possível a mescla das normas favoráveis das duas leis, sempre visando beneficiar o réu:

Quando as leis em conflito não possam ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto e suas normas aplicáveis ao fato, há necessidade de se promover uma combinação para se extrair, de uma e de outra, as disposições mais benéficas. Essa é a orientação mais avançada segundo a lição dos mestres e os precedentes da jurisprudência. (René Ariel Dotti, *in* “Curso de Direito Penal: Parte Geral, 2.ed., 2004, p. 271).

Entendemos que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais de ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o beneficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados. (Rogério Greco, *in* “Curso de Direito Penal”, vol. 01, 2006, p. 123).

# Superior Tribunal de Justiça

A conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido ao julgador a aplicação de uma “terceira” (formada por parte de duas), essa orientação afigura-se mais aceitável, considerando-se que o sentido da Constituição é de que se aplique sempre a norma mais favorável. (Júlio Fabbrini Mirabete, *in* “Manual de Direito Penal”, 18.ed., 2002, p. 67).

A nosso juízo, esse é o melhor entendimento, que permite a combinação de duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos. O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de examinar essa matéria e decidiu pela possibilidade da conjugação de leis para beneficiar o acusado (HC 69.033-5- Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 1992, p. 2925). (Cezar Roberto Bitencourt, *in* “Tratado de Direito Penal: Parte Geral”, vol. 01, 10.ed, 2006).

Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, ao estudarem a matéria relativamente ao artigo 33, §3º da Lei 11.343/2006, enfatizam:

Conclusão: preenchidos os requisitos desse novo art. 33, §3º, ele deve ter incidência retroativa e vai alcançar todos os fatos passados, aplicando-se a pena privativa de liberdade da nova, mantendo-se a pena de multa da antiga. Com isso fica patente que o juiz não está “criando” uma terceira, ou seja, o juiz não está “inventando” nenhum tipo de sanção: apenas vai aplicar as partes benéficas de cada lei, aprovada pelo legislador. O que está vedado ao juiz é ele “inventar” um novo tipo de sanção. Isso não pode. Aplicar tudo aquilo que foi aprovado pelo legislador o juiz pode (e deve). (*in* “Nova Lei de Drogas: retroatividade ou irretroatividade?” **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1235, 18 nov. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9170>>).

Os conflitos intertemporais oferecem grande dificuldade aos doutrinadores e não menos aos julgadores, sendo que também a jurisprudência é conflitante, ora entendendo que a escolhida deve ser aplicada integralmente, examinada em seu conjunto a que mais favorece o réu ou apenado, ora, diante do caso concreto, os juízes e tribunais não têm hesitado em mesclar os aspectos favoráveis de cada uma das normas, sob pena de não se aplicar os princípios básicos já estudados.

A polêmica é antiga e, quando da 1ª Conferência dos Desembargadores, reunida no Distrito Federal, em julho de 1943, entre as conclusões tiradas, a de número XXXIX, admitiu a imposição simultânea de duas leis sucessivas:

É admissível a aplicação simultânea da Consolidação das Leis Penais

# Superior Tribunal de Justiça

e do Código Penal, em se tratando de delito anterior a 1 de janeiro de 1942, naquilo em que cada uma dessas beneficie o réu. (Aprovada por 21 votos). (in SPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo penal Anotado. Vol. V., 3.ed., Rio de Janeiro. Borsoi: 1995, p. 486).

Alberto Silva Franco, in “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, vol. 01, tomo 01, 6.ed., 1997, p. 80, faz referência a várias jurisprudências num e noutro sentido, e vários julgados dos Tribunais de São Paulo se inclinam pelo segundo entendimento.

Já se externou, em oportunidade anterior, quando diante de conflito gerado pela sucessão de outras leis, a adesão ao entendimento esposado por Nelson Hungria, quando se pensava que mesclar as duas normas implicaria em estar criando uma terceira híbrida, que sequer foi promulgada, todavia, depois de muitas dúvidas e aprofundado estudo da matéria, chegou-se ao convencimento de que a questão prioritária é a aplicação do princípio constitucional da retroatividade ou da ultra-atividade da norma mais benigna, estabelecido, agora, sem limites, e, repita-se, já constava do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, portanto, em virtude disso, passou-se a entender que podem ser consideradas simultaneamente normas benéficas ao réu contidas nas duas leis.

Em conseqüência, não se pode fixar abstratamente uma regra. No caso concreto, se não for possível encontrar entre as leis sucessivas a que favoreça integralmente o agente ativo (o que seria ideal), há necessidade da determinação simultânea de parte das duas normas, uma retroagindo e outra tendo ultra-atividade. Entende-se, nessa hipótese, que o melhor é fazê-lo, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, presentes implicitamente por todo o texto constitucional, assim como o da equidade, que tem sido um precioso auxiliar do julgador ao interpretar a norma diante do caso concreto.

Assim, cabia realmente ao Tribunal *a quo* aplicar a norma retroativamente, posto que a novel legislação entrou em vigor após a prolação da sentença condenatória.

Já há, nesse sentido, precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NORMA DE DIREITO PENAL MATERIAL. RETROATIVIDADE.**

1 - Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente diante do transporte, por longa distância, de grande quantidade de substâncias entorpecentes – 276,5 kg de maconha e 123 esferas de haxixe –, com observância do art. 59 do Código Penal, inexistente constrangimento ilegal.

2 - É de rigor a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, haja vista tratar-se de norma de direito penal material

que beneficia o réu, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma lei, disposição prejudicial – vedação à substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos –, tendo em conta o previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

3 - Ordem parcialmente concedida. (STJ – HC 88.114/MS – Relator: Ministro Paulo Gallotti – Sexta Turma – DJ de 03.12.2007, p. 369).

CRIMINAL. HC. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. ÓBICE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO AFASTADO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL. LEI 11.464/2007. NOVA REDAÇÃO AO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REDUÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NORMAS DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. NORMA MAIS BENÉFICA. INEXISTÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DO QUANTUM DA REPRIMENDA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o paciente foi condenado pela prática de delito equiparado a hediondo – tráfico ilícito de entorpecentes – e ao cumprimento da pena em regime fechado, vedada a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

II. Esta Corte, em acolhimento ao julgado proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 82.959/SP – que declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90 – vinha decidindo pelo afastamento do óbice do referido dispositivo, para reconhecer o direito aos apenados pela prática de crimes hediondos do benefício à progressão de regime prisional.

III. Com o advento da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, o regime de cumprimento das penas previstas no dispositivo é o inicialmente fechado.

IV. Dissipada a vedação legal à progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo, resta ultrapassada a argumentação utilizada para vedar a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, eis que, à época dos fatos, a Lei 11.343/06 ainda não havia entrado em vigor.

V. A lei penal mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com os artigos 5º, inciso XL, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do Código Penal.

VI. A Carta Magna não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna e o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, lei posterior de qualquer modo favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores.

VII. A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.

VIII. Tendo a pena-base sido aplicada acima do mínimo-legal, resta evidenciada a possibilidade de redução da pena privativa de liberdade, com base no entendimento firmado nesta Corte.

IX. Afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, deve ser reconhecido o direito do paciente ao pleito da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabendo ao Julgador monocrático verificar a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei, devendo, igualmente, ser analisada a possibilidade de redução da reprimenda de um sexto a dois terços, com base no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

X. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ – HC 73.767/RJ – Relator: Ministro Gilson Dipp – Quinta Turma – DJ de 06.08.2007, p. 573).

Não tenho dúvidas de que, na hipótese impõe-se à obediência ao comando constitucional contido no inciso XL, do art. 5º, da Constituição da República, bem como ao parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal, que determina que “a lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Já espossei o posicionamento de que a redução não deveria levar a pena aquém do mínimo de um ano e oito meses, previsto na Lei 11.343/07, com a aplicação do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, entretanto, acabei por me convencer, ante um parecer do Subprocurador Geral da República, Dr. Juarez Tavares, jurista de escol, dado à f. 75, dos autos de *habeas corpus* de nº93. 291, “de que não é lícito sobrepujar os rigores da lógica, que, na interpretação presente, é formal e não jurídica, aos fins político-criminais considerados na nova lei, de individualizar com precisão todos os gêneros de atividades presentes no tráfico” (f. 75).

Entendo que, tendo sido juntada cópia da sentença e do acórdão, em que se pode ler com bastantes minúcias a análise das circunstâncias judiciais, sendo todas elas favoráveis a paciente, não há necessidade de determinar a remessa dos autos ao Juízo da Execução, se podendo, desde logo, corrigir os equívocos praticados.

O paciente sempre fez jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto teve a análise das circunstâncias judiciais em seu favor, tanto que suas penas-base ficaram no mínimo legal.

Tal entendimento guarda consonância com a decisão unânime da Primeira Turma do

# Superior Tribunal de Justiça

Supremo Tribunal Federal, publicada em 02 de março de 2007, que deferiu o benefício ao julgar o HC 88.879, relativo ao crime de tráfico de drogas praticado sob a vigência da antiga Lei Antidrogas. Vejamos:

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS PRESENTES. SUPERAÇÃO DO ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90, QUANTO AO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ORDEM CONCEDIDA. I – A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, observados os seus pressupostos de incidência. II – A regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.071/90, pode ser superada quando inexistir impedimento à substituição. III – Ordem concedida. (STF – HC 88.879 – Rel. Ricardo Lewandowski – Primeira Turma – DJ 02.03.2007).

Ainda mais recentemente, em 19 de abril de 2007, o Supremo Tribunal Federal, desta vez por meio de seu Plenário, na votação do HC 85.894, ratificou tal entendimento:

*Habeas Corpus*. 2. Tráfico de Entorpecentes. 3. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Ausência de proibição expressa na Lei 8.072/90 que impeça a concessão de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecente. 5. Definição da espécie da pena deve ser anterior à fixação do regime de seu cumprimento. 6. Precedentes. 7. Ordem deferida. (STF – HC 85.894/RJ – Rel. Min. Gilmar Mendes – Tribunal Pleno – Pub. no DJ em 28.09.2007, p. 28).

Também neste Sodalício, muitos são os precedentes:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ARTIGO 2º DA LEI 8072/90. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO PROFERIDO ANTES DA LEI 11.343/06. 2. ORDEM CONCEDIDA. 1. Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo em crime de tráfico de entorpecentes, diante da inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8072/90. Condenação anterior à Lei nº 11.343/2006. 2. Ordem concedida. (STJ. HC 67824. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma. DJ 01. 10. 2007).

*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. REGIME INICIAL

ABERTO. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, E § 3º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO PRETÓRIO EXCELSO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, fica afastado o óbice que impedia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

2. Com a publicação da Lei n.º 11.464/07 restou, de vez, afastado do ordenamento jurídico, pelo legislador ordinário, o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.

3. Por consequência, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Outrossim, resta superado o único óbice à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados, o qual residia no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado.

**5. Ordem concedida para, reformando a sentença penal condenatória e o acórdão ora impugnado, assegurar ao Paciente o regime inicialmente aberto para cumprimento da pena, e determinar, 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. Por se encontrar em idêntica situação processual, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos da presente decisão à co-ré Michelle de Jesus Américo. (STJ. HC 83491. Relator: Ministra Laurita Vaz. DJ 08.10.2007).**

**Posto isto, concedo a ordem impetrada para efetuar sobre as penas-base, já impostas, a diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como proceder à substituição de sua pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

**Reduzo a pena privativa de liberdade em dois terços, ou seja, passo-a para um ano de reclusão e a multa aos dezesseis dias, a unidade fixada em seu mínimo legal, porquanto a análise das condições judiciais e as previstas no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, são inteiramente favoráveis ao paciente.**

**Considerando a inexistência de causas de aumento ou de diminuição, torno a pena acima definitiva.**

**Substituo-lhe, de ofício, a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos: prestação de serviços à comunidade, por igual prazo.**

**O local da prestação de serviços deverá ser indicada pelo Juiz da Execução**

# *Superior Tribunal de Justiça*

**Penal, bem como suas condições, respeitadas as normas legais atinentes à espécie.**

Constato, também, que o regime inicial de cumprimento da pena foi fixado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro como o inicialmente fechado, sem qualquer fundamentação válida.

É mister, lembrar que a Lei 11.464/07 não pode ser aplicada retroativamente na hipótese dos autos, por se tratar de lei mais gravosa, incidindo na proibição contida na Carta da República.

Por outro lado, se todas as circunstâncias judiciais foram consideradas em favor da ora paciente, deve-lhe ser imposto regime com elas consentâneo, consoante reiterada jurisprudência desta Corte, pois sob a égide da Lei 6368/76, declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, a sua imposição deve obedecer ao disposto no artigo 33, § 1º, “c”, posto que se trata de condenado não reincidente, com pena inferior a quatro anos de reclusão.

**Assim, de ofício, determino que o regime de cumprimento da pena passe a ser o aberto, desde o início.**

**Oficie-se com urgência.**

**HABEAS CORPUS Nº 92.266 - RJ (2007/0238729-1)**

**VOTO-VOGAL**

**O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:** Senhor Presidente, por primeiro, divirjo do entendimento desta Egrégia Sexta Turma no sentido da aplicação retroativa da causa especial de diminuição de pena, prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, e da afirmada conseqüente substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A nova Lei de Tóxicos, Lei nº 11.343/2006, com efeito, assim dispõe no parágrafo 4º do seu artigo 33, *verbis* :

*"§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa"*

Trata-se, em natureza, de causa especial de diminuição de pena, relativa a delitos de produção, fabricação, fornecimento, venda, transporte e depósito (artigo 33, *caput*, parágrafo 1º, inciso I) e sementeação e utilização de área para cultivo (artigo 33, parágrafo 1º, incisos II e III), dirigida a diferenciar as diversas formas de traficância, em função da sua gravidade e para fins de graduação da punição, elevada que foi a resposta penal de 3 para 5 anos de reclusão, proibida, de qualquer modo, a imposição de pena restritiva de direitos.

Não há, contudo, como cindir a unidade da norma, pois que a causa especial é de determinada pena, mais grave nos seus limites mínimo e máximo, com proibição de pena alternativa.

Demais disso, a excluir a retroatividade da lei nova, há um mínimo

# *Superior Tribunal de Justiça*

da pena abstrata diminuída, estabelecida como limite pela Lei nova, que a pena cominada na lei anterior não permite observar.

Não há falar, pois, em *lex mitior* e, assim, em retroatividade benéfica.

Passo adiante, quanto a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, por pena restritiva de direitos, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de 6 votos a 5, pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, enviando o cumprimento de suas penas privativas de liberdade ao regime progressivo, disciplinado pelo Código Penal.

De tanto, resultou o reexame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificada, agora, na afirmação da progressividade de regime no cumprimento das penas privativas de liberdade dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90.

Conseqüentemente, há que se examinar as questões relativas às penas restritivas de direito (artigo 44 do Código Penal) e à suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade (artigo 77 do Código Penal), em se cuidando de crimes hediondos ou a eles equiparados.

Com efeito, as normas gerais do Código Penal, como ninguém discute, aplicam-se aos fatos incriminados por Lei especial, se esta não dispuser de modo diverso, a teor do que dispõe o artigo 12 do próprio diploma penal material, que ora se invoca:

*"As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso."*

O próprio Código Penal, pois, disciplina as suas relações com as leis penais materiais especiais.

Em conseqüência, a Lei nº 9.714/98, **precisamente porque**

**modificativa da parte geral do Código Penal**, somente se aplica aos fatos incriminados por Lei especial, se esta não dispuser de modo diverso (artigo 12 do Código Penal).

E a Lei nº 8.072/90 dispõe de modo diverso das normas gerais do Código Penal, estabelecendo, como estabelece, na letra do seu artigo 2º, ora declarada inconstitucional, que a **pena prisional** do crime de **tráfico de entorpecentes** será cumprida **integralmente** em regime fechado, o que faz tal ilícito penal incompatível com a Lei nº 9.714/98, referente a sanções penais de liberdade, por força de inarredável interpretação sistemática, que nada tem de extensiva ou analógica.

Não se há de pretender, sem concessão ao absurdo, que a necessidade do regime fechado, presumida na Lei dos Crimes Hediondos (artigo 2º, parágrafo 1º) ou concretamente aferida pelas circunstâncias de individualização da pena, se compatibilize com subsequente resposta penal de cumprimento em liberdade, isto é, com as penas restritivas de direitos e com o *sursis*.

É que o regime fechado exclui do condenado toda e qualquer atividade externa, que não seja "*serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina*" (Lei de Execução Penal, artigo 36).

Não é demasiado lembrar que o estabelecimento do regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade antecede o do cabimento da pena restritiva de direitos.

É esta, com efeito, a letra do artigo 59 do Código Penal:

*"Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, à circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*e suficiente para reprovação e prevenção do crime:*

*I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;*

*II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;*

*III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;*

*IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível."*

Confira-se, a propósito do tema, a jurisprudência majoritária deste Superior Tribunal de Justiça antes da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90:

*"RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*

*1. Encontra-se assente nesta Corte o entendimento de que a Lei n.º 8.072/90, de caráter especial, ao impor aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, contrapõe-se (e prevalece) ao previsto pela Lei n.º 9.714/98, que introduziu, na parte geral do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do que estabelece o princípio da especialidade previsto no art. 12 do Código Penal.*

*2. Conquanto a sentença condenatória tenha transitado em julgado para a acusação, o Juízo processante não afastou o caráter hediondo do delito; apenas, seguindo precedente da Corte estadual, concedeu ao réu o direito à progressão do regime, o que, em hipótese alguma implica a possibilidade de concessão da substituição. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.*

*3. Recurso especial conhecido e provido para, anulando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de 1º grau." (REsp nº 748.579/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, in DJ*

5/12/2005).

*"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.*

*2. Não pode o magistrado sentenciante fixar a pena-base no dobro do mínimo legal, fundando-se, tão-somente, em referências vagas sem indicação de qualquer circunstâncias concreta que justificasse o aumento.*

*3. A substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos é incompatível com a condenação pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecente, a teor da vedação imposta pela Lei dos Crimes Hediondos.*

*4. O regime integralmente fechado para o cumprimento da pena dos crimes hediondos e equiparados, decorre de determinação expressa do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.*

*5. Ordem parcialmente concedida para, reformando o acórdão e a sentença de 1º grau na parte relativa à individualização da pena, determinar o refazimento do cálculo do quantum da reprimenda, sem o aumento referente à gravidade abstrata da conduta inerente à consunção do tipo penal do tráfico." (HC nº 44.767/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, in DJ 14/11/2005 - nossos os grifos).*

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44 DO CP. LEI 9.714/98. IMPOSSIBILIDADE.

À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela "Lei das Penas Alternativas" (Lei 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei 8.072/90 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90). *Inteligência da Súm. 171-STJ.*

*Recurso provido.*" (REsp nº 699.200/RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 5/9/2005).

"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 12, C/C ART. 18, INCISO III, DA LEI Nº 6.368/76. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. LEI Nº 9.714/98. PROGRESSÃO DE REGIME.

*I - A substituição da pena privativa de liberdade, ex vi do art. 44 do CP, não se realiza quando se trata de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, delito equiparado a hediondo, em virtude de manifesta incompatibilidade (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).*

*II - Os condenados como incurso no art. 12 da Lei nº 6.368/76 devem cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado (ex vi do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90).*

*III - Tal limitação já foi considerada constitucional pelo Pretório Excelso (HC 69.603 e HC 69.657) e não foi revogada pela Lei nº 9.455/97, de aplicação restrita.*

*IV - O entendimento relativo ao art. 14, da Lei nº 6.368/76, no que se refere à possibilidade de progressão de regime, não se aplica ao art. 18 da mesma lei, porquanto não configura delito autônomo, mas mera causa especial de aumento de pena (Precedentes).*

# *Superior Tribunal de Justiça*

V - Tendo o recorrente sido condenado por crime equiparado a hediondo, qual seja, tráfico ilícito de entorpecentes (art. 2º, da Lei nº 8.072/90), deve a pena cominada, incluindo-se a majorante (art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76), ser cumprida em regime integralmente fechado, *ex vi* do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (**Precedentes**).

Ordem denegada." (HC nº 41.586/SP, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 5/9/2005).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. LEI 9.714/98. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Não cabe substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos no caso de tráfico ilícito de entorpecentes.

2 - A Lei 9.714/98, que modificou dispositivos legais do Código Penal, não alterou a forma de execução penal preconizada na Lei 8.072/90. (**Precedentes**.)

3 - Os condenados como incursos no art. 12 da Lei 6.368/76 devem cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90).

4- Recurso Especial conhecido e improvido." (REsp nº 551.815/ES, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, *in* DJ 13/9/2004).

"PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. CUMPRIMENTO DA SANÇÃO CORPORAL INTEGRALMENTE EM REGIME FECHADO.

1. Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmaram compreensão no sentido de não ser possível substituir por medidas restritivas de direitos a pena privativa de liberdade imposta em condenação pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, que deve ser cumprida integralmente no regime

# *Superior Tribunal de Justiça*

*fechado, a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, vedada a progressão.*

*2. Habeas corpus denegado." (HC nº 19.935/RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 22/3/2004).*

*"RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. INCABIMENTO. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. CONSTITUCIONALIDADE.*

*1. 'A Lei dos Crimes Hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos, exclui a incidência da Lei nº 9.714/98, modificativa da parte geral do Código Penal, por força do artigo 12 do próprio diploma penal material brasileiro ('As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.').' (REsp 251.776/RS, da minha Relatoria, in DJ 10/3/2003).*

*2. '(...) 3. Não há falar em inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, eis que, para além de ser a edição do direito penal matéria própria da dimensão infraconstitucional (Constituição Federal, artigo 22, inciso I), a norma inserta no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição da República defere, também à lei, a disciplina da individualização da pena, que pode assim estabelecer especialmente o regime fechado como integral das penas dos crimes hediondos.' (HC 24.706/MG, da minha Relatoria, in DJ 10/3/2003).*

*3. Recurso especial provido." (REsp nº 556.391/RS, da minha Relatoria, in DJ 2/2/2004).*

*"PENAL. CRIME HEDIONDO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APLICAÇÃO DO ART. 44 E SEQUINTE DO CÓDIGO PENAL (LEI Nº 9.714/98). IMPOSSIBILIDADE.*

*1 - A Lei nº 9.714/98, ao alterar os arts. 44 e seguintes do*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Código Penal, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se aplica aos crimes hediondos que têm regulação específica. O condenado por tráfico (art. 12, da Lei nº 6.368/76), não tem direito ao benefício. Precedentes do STF e desta Corte.*

*2 - Recurso especial conhecido." (REsp nº 472.570/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, in DJ 7/4/2003).*

*"RHC - DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE - PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE.*

*- Inexiste direito de apelar em liberdade quando o réu, preso em flagrante delito, permaneceu preso durante todo o processo. A manutenção do decreto construtivo perdura com a condenação.*

*- As alterações introduzidas no Código Penal pela Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, cujo cumprimento da pena é em regime integralmente fechado. Impossibilitada, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.*

*- Precedentes.*

*- Recurso desprovido." (RHC nº 9.157/SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, in DJ 6/12/99).*

*"PENAL. PROCESSUAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 9714/98. NÃO APLICABILIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO.*

*1. A Lei 9714/98, quando prevê a conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direito, não se aplica aos crimes hediondos e os a estes assemelhados. Precedentes.*

*2. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido." (RHC nº 9.062/MG, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 25/10/99).*

# *Superior Tribunal de Justiça*

'''- RECURSO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. PACIENTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO SOB CUSTÓDIA. CONDENAÇÃO NO ART. 12 DA LEI 6368/76. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. VEDAÇÃO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CP. LEI 9.714/98. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE.

- Tratando-se de paciente preso em flagrante e que permaneceu recolhido durante o curso do processo, não tem direito de apelar em liberdade, porquanto um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão. Precedentes.

- Firme jurisprudência desta Corte no sentido de que o tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, razão pela qual é insuscetível de determinados benefícios, dentre os quais o de recorrer em liberdade, a teor do art. 2º, caput, da Lei 8.072/90.

À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela 'Lei das Penas Alternativas' (Lei 9.714/98), não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei 8.072/90 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90).

*Inteligência da Súm. 171-STJ.'*

- Recurso desprovido." (RHC nº 8.620/PR, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 16/8/99).

E, ainda, do Excelso Supremo Tribunal Federal:

"CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA. NÃO-APRECIÇÃO DE TESE DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. LEI 9.714/98: SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º.

**CONSTITUCIONALIDADE.**

I. - Sentença suficientemente fundamentada. Inocorrência de nulidade.

II. - Impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por crime previsto na Lei 6.368/76 em restritiva de direitos, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que, expressamente, determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

III. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. C.F., art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC 69.657/SP, Rezek, RTJ 147/598; HC 69.603/SP, Brossard, RTJ 146/611; HC 69.377/MG, Velloso, 'DJ' de 16.4.93; HC 76.991/MG, Velloso, 'DJ' de 14.8.98; HC 81.421/SP, Néri, 'DJ' de 15.3.02; HC 84.422/RS, julgado em 14.12.2004. IV. - HC indeferido." (HC nº 85.906/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, *in* DJ 2/9/2005).

"HABEAS CORPUS. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. No Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento de que não é possível a concessão da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando se trata de crimes hediondos ou equiparados. Ordem denegada." (HC nº 84.515/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, *in* DJ 21/10/2005).

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRA-RAZÕES. INTIMAÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO. ALEGAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. Inaplicável a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos crimes hediondos. Precedentes. Inviabilidade da concessão da ordem ex officio.

2. Havendo sido regularmente intimado o defensor constituído, não há como prosperar a alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla

*defesa, em razão da não apresentação das contra-razões ao recurso especial.*

3. *Ordem indeferida.*" (HC nº 85.395/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, *in* DJ 12/4/2005).

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. RESTRIÇÃO DE DIREITOS.**

*A condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, por se tratar de crime hediondo, não comporta a substituição da pena por restrição de direitos.*

*Para o crime de porte ilegal de arma, a conversão da pena seria possível. Entretanto, o paciente não satisfaz os requisitos de ordem subjetiva (art. 44, I, II e III, do CP), já que também é condenado por crime de roubo, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo.*

*Habeas corpus indeferido.*" (HC nº 82.914/SP, Relator Ministro Nelson Jobim, *in* DJ 26/3/2004).

Vale conferir, ainda, a jurisprudência dos Tribunais Superiores relativamente à concessão da suspensão condicional da pena:

**"HABEAS CORPUS - PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO - CONDENAÇÃO À PENA DE DOIS (2) ANOS DE RECLUSÃO - PRETENDIDA CONCESSÃO DO SURSIS - INADMISSIBILIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. -**

*É incabível a concessão do sursis em favor daquele que foi condenado pelo delito de atentado violento ao pudor, ainda que satisfeitos os pressupostos subjetivos e objetivos fixados pelo art. 77 do Código Penal, pois, tratando-se de crime hediondo, a sanção privativa de liberdade deve ser cumprida integralmente em regime fechado." (HC nº 72.697/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, *in* DJ 19/3/96).*

**"CRIMINAL. RESP. EXECUÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TENTATIVA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA. LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO LEGAL À**

*PROGRESSÃO E AO SURSIS. INCOMPATIBILIDADE. ART. 226, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. INOCORRÊNCIA. MAJORANTE COM DUPLA JUSTIFICATIVA. RECURSO PROVIDO.*

*I. Inviável a discussão acerca da desclassificação da conduta, procedida pelo Tribunal a quo, eis que a análise da questão envolveria apurado exame do contexto fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula n.º 07/STJ.*

*II. Delitos de estupro e atentado violento ao pudor, inclusive em suas formas tentadas, ainda que cometidos em sua forma simples e mesmo com violência presumida, são considerados crimes hediondos. Precedentes do STF e desta Corte.*

*III. A condenação por delito elencado ou equiparado a hediondo pela Lei n.º 8.072/90 deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a progressão.*

*IV. Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos já afirmada pelo e. STF.*

*V. A imposição legal de regime integralmente fechado é, igualmente, incompatível com a concessão de sursis.*

*VI. Não obstante a diferenciação que sempre se faz entre regime de cumprimento de pena e a sua suspensão condicional, se a substituição de penas – revigorada pela Lei nº 9.714/90 - é considerada incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, por esta Turma, quanto mais o sursis. Precedentes STJ e STF.*

*VII. Esta Corte tem admitido a causa de aumento de pena do art. 226, inciso III, do Código Penal, aplicável aos delitos contra os costumes, apenas advertindo que, para a incidência da majorante faz-se necessária a comprovação do estado civil do paciente, com a juntada aos autos da certidão do respectivo registro de casamento, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal. Precedentes.*

*VIII. Recurso provido, nos termos do voto do relator." (REsp nº 766.667/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 24/10/2005).*

**"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. TENTATIVA. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME E CONCESSÃO DE SURSIS. IMPOSSIBILIDADE.**

1. O crime de tentativa de estupro tem natureza hedionda, devendo a respectiva pena ser cumprida em regime prisional integralmente fechado, sendo, portanto, inaplicável o sursis.

2. Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 700.881/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in* DJ 14/3/2005).

**"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SURSIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. LEI Nº 9.714/98. ATENUANTES. FIXAÇÃO DA PENA. SÚMULA N.º 231 - STJ.**

(...)

**II - É incabível, por incompatível com a sistemática do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, a concessão do sursis a condenado por tráfico de tóxicos.**

**III - Não cabe substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos no caso de tráfico ilícito de entorpecentes.**

**IV - A Lei n.º 9.714/98, que modificou dispositivos legais do Código Penal, não alterou a forma de execução penal preconizada na Lei nº 8.072/90. (Precedentes).**

(...)

**Recurso parcialmente provido." (REsp nº 570.899/RS, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 1º/12/2003).**

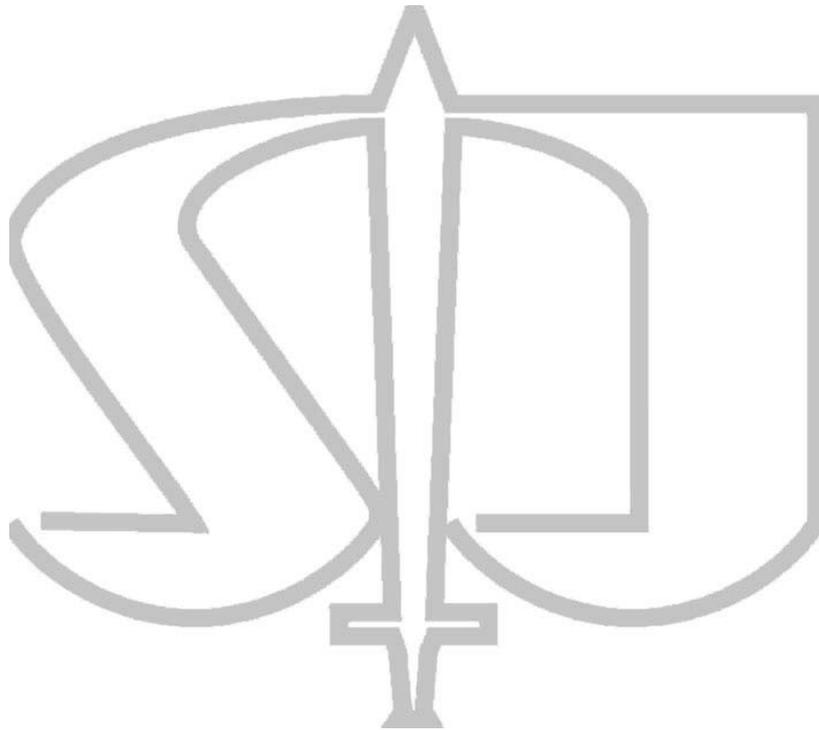
Declarada, contudo, a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, de modo a submeter o cumprimento das penas dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90 ao regime progressivo, resta afastado o fundamento da interpretação sistemática que arredava dos crimes hediondos e a eles equiparados as penas restritivas de direitos e o *sursis*.

Pelo exposto, concedo, em parte, a ordem, para afastar o óbice à

# *Superior Tribunal de Justiça*

imposição de pena restritiva de direitos ao paciente, que deverá ser decidida pelo Juízo da Execução, à luz de sua disciplina legal.

É O VOTO.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2007/0238729-1

**HC 92266 / RJ**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20050010524445 200605004812 2006102154 4812

EM MESA

JULGADO: 25/03/2008

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **SAMIR HADDAD**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : ROSANE REIS LAVIGNE - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PACIENTE : JÚLIO CÉSAR RAMOS LAURENTINO

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes (Lei 6.368/76 e DL 78.992/76) - Tráfico

**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 a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Concediam, em menor extensão, o Sr. Ministro Hamilton Carvalho, que fará declaração de voto, e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura."

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalho, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 25 de março de 2008

**ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**  
Secretário