



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 180.812 - RJ (2010/0140162-3)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : **ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PACIENTE : **WASHINGTON FERRAZ LIMA**

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR DE DE 1/3 (UM TERÇO) DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NATUREZA DA DROGA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CRIME HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DO STF E STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Correta a aplicação da minorante no patamar intermediário, com fundamento na natureza da droga que, embora não tenha sido apreendida em quantidade significativa, possui elevado poder viciante, sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, que a reprimenda é necessária e suficiente para reprovação do crime, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Precedentes.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão de apelação a fim de estabelecer o regime inicial aberto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinando-se ao Juízo das Execuções que avalie as condições objetivas e subjetivas para substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou parcialmente vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 17 de maio de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.812 - RJ (2010/0140162-3)

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WASHINGTON FERRAZ LIMA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de WASHINGTON FERRAZ LIMA – condenado a 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao art. 33 da lei n.º 11.343/06 –, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio do qual se negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Paciente, o que se vê da seguinte ementa (fls. 51/52):

"TRÁFICO DE DROGAS - FATO TÍPICO DO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06 - REJEIÇÃO DA PRELIMINAR SUSCITADA - PROVA SUFICIENTE E IDÔNEA PARA A CONDENAÇÃO - RECURSO VOLUNTÁRIO DEFENSIVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Merece ser rejeitada a preliminar de nulidade da audiência de instrução e julgamento arguida pela Defesa Técnica, eis que inexistente ofensa ao sistema acusatório, e, observado na espécie o rito processual previsto no art. 212, do Código de Processo Penal. No mérito, típica, antijurídica e culpável do crime de tráfico de drogas a ação daquele que é surpreendido por policiais militares, após denúncia anônima acerca da ocorrência de comércio ilícito de entorpecentes, quando tinha em depósito em sua residência, sem a devida autorização legal, 12 (doze) embalagens de plástico transparente, perfazendo um total de 3,5 (três gramas e cinco decigramas) de Cloridrato de Cocaína, que pela quantidade, pelo modo de acondicionamento e, ainda, pelas circunstâncias da prisão em flagrante, claramente se destinavam à venda. In casu, inviável a tese recursal defensiva da fragilidade probatória ante os seguros e precisos depoimentos colhidos no decorrer da instrução processual. Os depoimentos dos policiais civis e militares se constituem em prova válida e eficaz como qualquer outra, desde que, como no caso em tela, sejam harmônicos com os demais elementos de convicção coligidos ao processo. Incidência da Súmula nº 70 do TJ/RJ. Pena corretamente aplicada, em consonância com os critérios norteadores previstos nos artigos 59 e 68 do Código Penal, e artigo 42 da Lei Antidrogas. Inviáveis, por fim, os pleitos defensivos de abrandamento do regime prisional, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação determinada pela Lei nº 11.464, de 28/03/2007, e artigo 44 da Lei nº 11.343/2006. Inexistência de inconstitucionalidade dos artigos acima referidos em razão dos princípios constitucionais da individualização da pena e da razoabilidade. Recurso voluntário defensivo a que se nega



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento, rejeitada a preliminar de nulidade do processo arguida pela Defesa."

Alega a Impetrante, em síntese, *"que o paciente faz jus a aplicação da redução de pena prevista no art. 33 paragrafo 4º da Lei 11.343 de 2006 em grau máximo"* (fl. 03). Afirma *"que o paciente não possui qualquer outra anotação em sua folha penal, sendo este o seu primeiro delito, para todos os efeitos, já que não há prova do contrário nos autos e não deve ser apenado como mesmo rigor de um traficante organizado"* (fl. 03).

Defende que o crime de tráfico privilegiado pela causa de diminuição de pena não é assemelhado aos crimes hediondos. Sustenta que *"não há porque impor o regime de cumprimento de pena fechado [...]; que a pena aplicada ao Paciente é inferior a 04 (quatro) anos; que o delito não tem como elementar a violência ou a grave ameaça [...]; que o Paciente é menor e não é reincidente"* e, ainda, *"todas as circunstâncias previstas no art. 44, III, do CP lhe são favoráveis, tanto que a pena foi fixada no mínimo legal"* (fl. 05).

Pede, assim, a aplicação da minorante do § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06 no patamar máximo, fixação do regime inicial menos gravoso e a substituição por penas restritiva de direitos.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações do órgão jurisdicional Impetrado.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 72/76, opinando pelo indeferimento do writ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.812 - RJ (2010/0140162-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR DE DE 1/3 (UM TERÇO) DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NATUREZA DA DROGA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CRIME HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DO STF E STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Correta a aplicação da minorante no patamar intermediário, com fundamento na natureza da droga que, embora não tenha sido apreendida em quantidade significativa, possui elevado poder viciante, sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, que a reprimenda é necessária e suficiente para reprovação do crime, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Precedentes.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão de apelação a fim de estabelecer o regime inicial aberto, determinando-se ao Juízo das Execuções que avalie as condições objetivas e subjetivas para substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante no dia 13 de novembro de 2009, na posse de 3,5 g de cocaína, e condenado às penas de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 333 dias-multa, como incurso pela prática do crime previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

A Impetrante busca, inicialmente, a redução máxima da pena imposta ao Paciente pela causa especial de diminuição prevista no art. 33, da Lei n.º 11.343/06, reconhecida na sentença condenatória nos seguintes termos, *in verbis*:

"Preenche o réu os requisitos do § 4.º do art. 33 da Lei supra mencionada, reduzo a pena imposta adotando o critério da quantidade de droga apreendida (12 sacolés), a qual considero de monte razoável, devendo em consequência a redução se limitar a 1/3, ou seja, ficando a pena reduzida para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa no valor mínimo legal, pena esta que torno definitiva" (fl. 22)

O Tribunal de origem, no entanto, negou provimento ao apelo e justificou a redução mínima da pena, *litteris*:

*"[...] Na terceira etapa, uma vez que o Apelante preenchia os requisitos do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, a pena reclusiva foi reduzida de 1/3 (um terço) e o MM Juiz **a quo** fundamentou sua decisão em razão de ter adotado o critério da quantidade e ter considerado a quantidade da droga apreendida um montante razoável. Daí porque a pena final ter sido determinada em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor mínimo legal." (fl. 58)*

Nesse esteira, sustenta a Impetrante que como todas as circunstâncias judiciais foram consideradas em favor do Paciente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, a minorante deve ser aplicada no grau máximo, porque a quantidade de droga não justifica a fixação em patamar mais gravoso.

Ora, ao contrário do que afirma A Impetrante, o art. 42 da Lei n.º 11.343/06 é expresso no sentido de que 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"* (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Drogas de modo adequado.

Apesar de a pena-base ter sido mantida no mínimo legal pelo acórdão, até mesmo porque o Ministério Público não apelou da individualização da reprimenda, não vislumbro constrangimento ilegal no fato de a minorante ter sido aplicada no patamar intermediário de um terço (1/3).

Embora seja necessário para a aplicação da causa especial de diminuição da pena que o condenado seja primário e os bons antecedentes, esses pré-requisitos não se confundem com as circunstâncias judiciais consideradas para a aplicação da pena-base.

No caso, o Tribunal *a quo* reconheceu correta a aplicação da minorante no patamar intermediário, com fundamento na natureza da droga que, embora não tenha sido apreendida em quantidade significativa, possui elevado poder viciante, sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, que a reprimenda é necessária e suficiente para reprovação do crime, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Há precedentes desta Corte no mesmo sentido, *litteris*:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Correta a aplicação da minorante em seu patamar mínimo, com fundamento na expressiva quantidade de droga apreendida, sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, que a reprimenda é necessária e suficiente para reprovação do crime, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Precedente.

3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na fixação da reprimenda, devidamente fundamentada, nos termos do art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

4. Ordem denegada." (HC 133277/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 15/06/2009.)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA DROGA APREENDIDA E PARTICIPAÇÃO INTENSA DO AGENTE NA PRÁTICA DO DELITO. PRECEDENTES DO STJ. [...]

3. Ao majorar a pena-base, o juízo sentenciante considerou as peculiaridades concretas do delito de tráfico de drogas em questão, tais como a quantidade da droga apreendida e a intensa culpabilidade do Paciente, que praticava o crime de tráfico em larga escala, tanto que chegou a alugar um sítio para armazenagem da substância entorpecente.

4. Tem-se, portanto, satisfatoriamente fundamentada a exasperação da reprimenda inicial, pois tais argumentos não são inerentes ao tipo penal e justificam a fixação da pena-base em 05 (cinco) anos, o que não se mostra desproporcional ou injustificado, pois a sanção cominada in abstracto para o crime é de 03 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão. [...]

9. Ordem denegada." (HC 64.900/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 07/02/2008.)

Quanto ao alegado direito à substituição da reprimenda corporal, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente" (HC 97.256/RS, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira:

"PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO. PENA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Diante do quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal.

2. **"A vedação da substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 conflita com o princípio da individualização - Habeas Corpus nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apreciado no Plenário, com julgamento finalizado em 1º de setembro de 2010" (HC-101.205, STF, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe de 8/10/2010.)**

3. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravamento regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 121.111/SP, SEXTA TURMA, Rel. Ministro CELSO LIMONGI –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desembargador convocado do TJ/SP, DJe de 17/12/2010; sem grifo no original.)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO NA NOVA LEI DE DROGAS. INTEGRALIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS. HC N.º 97.257/RS. AUSÊNCIA DE CÔMPUTO DA MAJORANTE. OMISSÃO VERIFICADA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a nova Lei de Tóxicos pode ser aplicada aos delitos de tráfico ilícito de drogas cometidos sob a égide do antigo diploma legal, desde que na sua integralidade.

2. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Reconhecidas tais circunstâncias, é imperiosa a aplicação da aludida minorante.

3. Na hipótese, preenchidos os requisitos legais, deve ser aplicada a causa de diminuição no seu patamar máximo (2/3), conforme já afirmado no acórdão ora embargado, levando-se em consideração que foram apreendidos 13,22 g (treze gramas e vinte e dois decigramas) de "maconha".

4. O Paciente foi condenado, como incurso no art. 12, caput, c.c. o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, tendo sido mantida a majorante no art. 40, inciso III, da nova Lei de Drogas. Desse modo, faz-se necessário o cômputo dessa causa de aumento na pena reformada pelo acórdão embargado.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06.

6. Assim, no caso em apreço, levando-se em conta a nova orientação perfilhada no Pretório Excelso, deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos fixados pela Corte de origem.

7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, nos termos explicitados." (EDcl no HC 122.269/MG, QUINTA TURMA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 22/11/2010; sem grifo no original.)

No que diz respeito ao regime de cumprimento da pena – não obstante o regime inicial fechado seja imposto aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n.º 8.072/90 –, a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do referido HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, impõe-se, neste caso, a adequação também do regime, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, com a fixação de regime prisional mais brando, compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.

Nesse sentido, já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

"Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida." (HC 105779/SP, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 21/02/2011.)

E também este Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

III. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.

IV. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como à adequação do regime prisional.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator."
(HC 196.199/RS, QUINTA TURMA, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 14/04/2011.)

Cumpre reprimir a advertência oportunamente levantada pelo eminente Ministro Gilson Dipp, por ocasião do julgamento acima referido:

"Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que se inicie o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07, mas tão somente de adequar, afastando qualquer incongruência, a aplicação da pena e do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33, e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Desta forma, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições."

No caso em apreço, tendo em vista tratar-se de réu primário, de bons antecedentes, cuja a pena-base foi fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, cabível o regime inicial aberto.

Do mesmo modo, tendo sido condenado por crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, apesar da fixação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar intermediário, o ora Paciente faz juz, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem para, mantida a condenação, reformar o acórdão de apelação a fim de estabelecer o regime inicial aberto, determinando-se ao Juízo das Execuções que avalie as condições objetivas e subjetivas para substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.812 - RJ (2010/0140162-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : WASHINGTON FERRAZ LIMA

VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, meu voto é simplesmente para que se afaste a norma proibitiva e que o Juiz da Vara de Execuções aprecie a possibilidade de fazer ou não a substituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0140162-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 180.812 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080660295872 295574820088190066

EM MESA

JULGADO: 17/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : WASHINGTON FERRAZ LIMA

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou parcialmente vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.