



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.014 - DF (2011/0035065-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
ADVOGADO : ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : JACENO DA SILVA SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90. Precedentes.

2. 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 art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal, tendo em vista o reconhecimento, na sentença, da intensa reprovabilidade de sua conduta, aferida a partir da quantidade da droga apreendida (4,54 quilogramas de maconha).

4. Ordem denegada.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 18 de agosto de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.014 - DF (2011/0035065-9)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
ADVOGADO : ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : JACENO DA SILVA SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JACENO DA SILVA SANTOS – preso em flagrante transportando 4,54 quilogramas de maconha e condenado à pena de 3 anos de reclusão, no regime fechado, pelo crime de tráfico de drogas –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

No presente *writ*, a impetração sustenta a ilegalidade da dosimetria da pena. Requer a Defesa, inclusive liminarmente, a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/06, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Indeferida a liminar, foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 42/48.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 52/60, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.014 - DF (2011/0035065-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90. Precedentes.

2. 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 art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal, tendo em vista o reconhecimento, na sentença, da intensa reprovabilidade de sua conduta, aferida a partir da quantidade da droga apreendida (4,54 quilogramas de maconha).

4. Ordem denegada.

VOTO

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

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, no regime fechado, pelo crime de tráfico de drogas.

De início, cumpre ressaltar que, segundo o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/07, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, como ocorre na hipótese em tela.

É o que se vê da literalidade do próprio dispositivo, *in verbis*: "**§ 1.º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.**"

Cabe esclarecer que, muito embora este Superior Tribunal de Justiça já tenha entendimento firmado no sentido da incidência dos critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, do Código Penal nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes praticados na vigência da Lei n.º 6.368/76, essa concepção não tem aplicabilidade quanto aos crimes cometidos quando já em vigor a novel legislação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, a tese acolhida por esta Corte encontra amparo, sobretudo, na declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, que vedava o benefício da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados. Entendeu-se que, não subsistindo mais a referida proibição, inexistia óbice à aplicação do disposto no art. 33, § 2.º, do Código Penal, que preceitua que a fixação do regime prisional para o cumprimento da pena reclusiva dá-se de acordo com a quantidade de pena aplicada.

Todavia, com o advento da nova Lei, não é mais possível a adoção do mesmo posicionamento, diante, como já assinalado, da literalidade da referida disposição legal, que não dá margem a qualquer interpretação diversa. No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. PACIENTE CONDENADO A 5 ANOS, 4 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 534 DIAS-MULTA, POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 33, CAPUT E §4º. C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/06). FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA CULPABILIDADE. NATUREZA DA DROGA: COCAÍNA (781,5g DIVIDIDOS EM 65 CÁPSULAS INGERIDAS PELO PACIENTE). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. DELITO PRATICADO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PARECER DO MPF PELO INDEFERIMENTO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal veio devidamente motivada, mormente em razão da elevada culpabilidade demonstrada pelo paciente, em face da natureza da droga apreendida (781,5g de cocaína divididos em 65 cápsulas) e de sua forma de acondicionamento.

2. Os fatos que ensejaram a propositura da ação penal ocorreram em 30.04.07, ou seja, após a vigência da lei 11.464/07, que, alterando a Lei 8.072/90, impôs o regime fechado como o inicial para todos os condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, independentemente do quantum de pena aplicado; dest'arte, o aresto hostilizado, ao eleger o regime prisional mais gravoso para o início do cumprimento da reprimenda imposta aos pacientes, nada mais fez do que seguir expressa determinação legal (art. 2º., § 1º. da Lei 8.072/90).

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada." (HC 136.075/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 03/11/2009.)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. RÉ QUE PERMANECEU PRESA MOTIVADAMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECRETO CONDENATÓRIO MANTIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECORRER EM LIBERDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ATUAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTO QUE, DE PER SI, IMPEDE A CONCESSÃO DA MINORANTE. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. WRIT DENEGADO.

1. A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade, mormente após confirmada a condenação como o julgamento do apelo defensivo, o réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal, em virtude de decreto satisfatoriamente fundamentado.

2. A vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

3. As instâncias ordinárias, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, considerou a culpabilidade desfavorável à ré e que a natureza e quantidade do entorpecente trouxe maior grau de censurabilidade a sua conduta, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal.

4. O reconhecimento de que a Paciente integra organização criminosa, considerando a dinâmica dos fatos delituosos e com indicação de elementos concretos, é circunstância que, de per, si impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

5. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/07, que deu nova redação ao § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90.

6. O art. 44 da Lei n.º 11.343/06 veda, expressamente, a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos aos condenados pelos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37, da nova Lei de Drogas.

7. Habeas corpus *denegado*." (HC 122.977/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/09/2009.)

Relativamente ao alegado direito à substituição das penas, 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.

Veja-se a ementa do mencionado *decisum*:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 delinqüente 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condições objetivas e subjetivas da convolção em causa, na concreta situação do paciente." (HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal, tendo em vista o reconhecimento, na sentença, da intensa reprovabilidade de sua conduta, aferida a partir da quantidade e da qualidade da droga apreendida (4,54 quilogramas de maconha). A propósito:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR NOMEADO NÃO DEMONSTRADA. ARGUIÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

[...]

Réu impedido de obter a substituição da reprimenda corporal a ele imposta por não restar preenchido o requisito subjetivo necessário à obtenção da benesse, considerando a sua personalidade, o número de vítimas e a presença de fortes indícios de habitualidade criminosa.

Pena-base fixada ao réu acima do mínimo legal, em virtude de terem sido considerados desfavoráveis os antecedentes e as circunstâncias do crime praticado.

Estando correta a fundamentação utilizada para indeferir o pleito de substituição da pena corporal aplicada ao paciente, tendo em vista não terem sido preenchidos os requisitos subjetivos do art. 44 do CP para a obtenção da benesse, não há que se falar em constrangimento ilegal.

Ordem denegada, nos termos do voto do Relator." (HC 148.025/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 18/10/2010.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0035065-9

HC 198.014 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100020207389 20100110002066

EM MESA

JULGADO: 18/08/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
ADVOGADO	: ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: JACENO DA SILVA SANTOS (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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