



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.479 - ES (2011/0243720-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GENILSON BARBOSA DOS SANTOS POVOA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. 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 n.º 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 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. 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 socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, tendo em vista as peculiaridades do caso, que justificaram, aliás, a aplicação do redutor em patamar intermediário, em razão da variedade e quantidade da droga apreendida. Precedentes.

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, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.479 - ES (2011/0243720-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GENILSON BARBOSA DOS SANTOS POVOA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GENILSON BARBOSA DOS SANTOS POVOA, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em regime inicial fechado, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta dias-multa). Inconformado, interpôs apelação no Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, confirmando a sentença condenatória.

No presente *writ*, o Impetrante alega, em síntese, que o Tribunal *a quo*, ao manter o regime inicial fechado fixado pela sentença, "*incorreu em flagrante ilegalidade, eis que não foi apresentada qualquer fundamentação idônea para aplicação de regime mais gravoso que a pena imposta permite*" (fl. 3).

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 66/67.

Por estarem os autos devidamente instruídos, as informações da Autoridade Impetrada foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 74/78, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.479 - ES (2011/0243720-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. 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 n.º 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 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. 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 socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, tendo em vista as peculiaridades do caso, que justificaram, aliás, a aplicação do redutor em patamar intermediário, em razão da variedade e quantidade da droga apreendida. Precedentes.

4. Ordem denegada.

VOTO

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

Consta dos autos que o Paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em regime inicial fechado, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta dias-multa), porque tinha em depósito cerca de 370g (trezentos e setenta gramas) de maconha e 31g (trinta e um gramas) de cocaína.

Busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial aberto.

A ordem não comporta concessão.

Não obstante o regime inicial fechado seja imposto aos condenados pelo crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 8.072/90 –, após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, passou-se a admitir a adequação também do regime, em observância aos 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.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 convolação em causa, na concreta situação do paciente.” (STF, HC 97.256/RS, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, tendo em vista as peculiaridades do caso, que justificaram, aliás, a aplicação do redutor em patamar intermediário, em razão da variedade e quantidade da droga apreendida.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. 2. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

1. Inviável a aplicação, no máximo, do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em razão da variedade e da quantidade de droga apreendida em poder do paciente.

2. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. É a grande quantidade e variedade de drogas apreendidas atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, 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, a personalidade e a conduta social do agente". Precedentes.

4. Condenado o ora paciente por tráfico de 58 (cinquenta e oito) embalagens de cocaína em forma de crack, 57 (cinquenta e sete) papérolas de cocaína e 04 (quatro) "trouxinhas" de maconha, o regime mais adequado é o semiaberto, embora a quantidade de pena (03 anos e 04 meses de reclusão) autorizasse, em tese, o aberto.

5. Assim também, pelo mesmo raciocínio, não se mostra razoável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. Ordem concedida em parte, apenas para fixar o regime inicial semiaberto." (HC 194.277/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 22/06/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO. APLICAÇÃO CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA.

1. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o réu seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades.

2. No caso, levando em conta a primariedade, as circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade pouco expressiva dos entorpecentes apreendidos - 30,6 gramas de cocaína e 50,8 gramas de maconha -, entendo ser cabível a aplicação da referida minorante no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos de reclusão, mostra-se adequada a imposição do regime semiaberto para início da expiação, em virtude da variedade dos entorpecentes encontrados em poder da paciente.

4. Diante mesmas balizas, não é socialmente recomendável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

5. Ordem concedida a fim de aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo, conseqüentemente, as reprimendas. Habeas corpus deferido, de ofício, para fixar o regime semiaberto para início de desconto da pena privativa de liberdade." (HC 199.217/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 13/06/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. OCORRÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MEDIDA QUE NÃO SE APRESENTA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

[...]

IV - Para que o sentenciado seja beneficiado com a substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do Código Penal (Precedentes).

V - Na espécie, a culpabilidade do paciente e as circunstâncias do crime, valoradas negativamente na r. sentença e no v. acórdão recorrido, bem como as peculiaridades do caso, demonstram que a pretendida substituição da pena não se apresenta socialmente recomendável.

Ordem parcialmente concedida apenas para redimensionar o quantum da pena imposta ao paciente." (HC 137.260/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 04/10/2010.)

Portanto, sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464/2007.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0243720-6

HC 221.479 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11100005922 74282010

EM MESA

JULGADO: 22/11/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: GENILSON BARBOSA DOS SANTOS POVOA

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, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.