



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.085 - MG (2011/0061882-0)

RELATOR : MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/CE)
IMPETRANTE : SUZI PATRICE AGUILAR SILVA MATOS E MEIRA
ADVOGADO : SUZI PATRICE AGUILAR SILVA MATOS E MEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DANIEL CARVALHO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. É possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do **quantum** de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte. No caso em tela, o regime mais brando mostra-se adequado, tendo em vista tratar-se de pena inferior a 4 anos (1 ano e 8 meses de reclusão), levando-se em conta que a reprimenda básica foi fixada no mínimo legal, ante a existência de circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, sendo pequena a quantidade de droga apreendida - 3 pedras de crack e 11 buchas de maconha.

2. Desde o julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 11.343/2006 que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas.

4. **Habeas corpus** concedido para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, tal qual estabelecido pelo juiz de primeiro grau na sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília (DF), 16 de junho de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.085 - MG (2011/0061882-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Daniel Carvalho, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática de tráfico de drogas, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e 250 dias-multa, substituída a pena privativa por duas medidas restritivas de direitos. O Tribunal de origem, em sede de apelo ministerial, redimensionou a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias-multa, fixando o regime fechado para cumprimento da pena privativa, impossibilitada a sua substituição por medidas restritivas de direitos.

Busca a impetração a fixação do regime aberto para início do cumprimento de pena, bem como a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida à fl. 31.

Notificados, prestaram informações o Juiz de primeiro grau às fls. 54/91 e a autoridade coatora à fl. 46.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 92/94), opinou pelo parcial deferimento da ordem, a fim de que, afastado o óbice da Lei nº 11.343/2006, o Juízo das Execuções examine se o paciente preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição pretendida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.085 - MG (2011/0061882-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): Tenho que a ordem comporta concessão.

Disse o Juiz de primeiro grau, no que interessa:

*"O regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, ao teor dos art. 33, **caput** e § 2º, a, do Código Penal, será o aberto, em observância do **quantum** da pena aplicada e as circunstâncias judiciais. Entendo cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal, eis que a pena privativa de liberdade não excede o limite máximo para a concessão de tal benefício, sendo que as demais circunstâncias são completamente favoráveis ao acusado. Presentes todos os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade aplicada por duas penas restritivas de direito, quais sejam: prestação de serviço à comunidade, por igual prazo da condenação, em local e condições a serem determinados pelo Juízo da Execução Penal; e a prestação pecuniária referente ao pagamento de um salário mínimo para entidade beneficente a ser especificada em sede de execução da pena. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consistirá na atribuição de tarefas gratuitas ao réu, pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, atendidas suas aptidões pessoais. Fica o réu advertido de que no caso de descumprimento injustificado da restrição imposta, a pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade, conforme disposto no art. 44 do Código Penal, com seu recolhimento à prisão. Esta operação nada mais faz do que julgar a inconstitucionalidade do dispositivo legal que não permite a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, eis que há verdadeira afronta à legalidade se não aplicássemos o Código Penal. Por estes fundamentos deixo de conceder ao acusado o benefício do art. 77 do Código Penal, referente ao 'sursis'..." (fl. 78)*

O Tribunal de origem, por sua vez, em sede de apelação, assim se manifestou:

"Conheço do recurso, presentes os pressupostos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admissibilidade.

O apelante foi condenado ao fundamento de que, no dia 9.4.2009, mantinha em depósito 3 pedras de crack e 11 buchas de maconha, que, conforme a prova dos autos, destinavam-se ao comércio.

Como visto, o recorrente não recorreu.

Apenas o Ministério Público o fez, pedindo a fixação do regime prisional inicialmente fechado e a exclusão da aplicação de penas substitutivas.

A razão está com o apelante.

Nos casos de crimes de tráfico de entorpecentes, o regime de cumprimento de pena é o inicialmente fechado, conforme prevê a Lei nº 8.082/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Vale lembrar que a lei especial prevalece sobre a geral, segundo prevê expressamente o Código Penal em seu art. 12.

Cabe também registrar que entendo que a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 não retira a natureza hedionda do delito, mesmo porque não se trata de um novo tipo penal, mas do tipo do caput, apenas com uma redução da pena, por razões que dizem respeito ao agente, e não ao cometimento do delito.

Por essa razão, aplica-se a Lei nº 8.072/90.

De outro lado, os artigos 33, § 4º, e 44 da Lei nº 11.343/06 vedam, expressamente, a aplicação de penas substitutivas.

Portanto, deve-se dar provimento ao recurso do Ministério Público para estabelecer o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena e para cassar a concessão do benefício do art. 44 do Código Penal.

*De outra parte, lembrando que, no caso de recurso da acusação, é cabível a adoção de providência que favoreça o réu, já que se aplica, no caso, a figura da **reformatio in melius**, é de se ver que o MM. Juiz, ao eleger o fator de redução da pena, com base no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, o fez sem fundamentar a razão de aplicar a fração de apenas 1/2.*

Além disso, todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu.

Assim sendo, tenho que há que se reduzir a pena, por força do disposto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, pelo fator de redução máximo, no caso, 2/3.

Assim, de ofício, reduzo a pena aplicada ao recorrido para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixada a unidade no mínimo legal.

Em suma, portanto:

1) dou provimento ao recurso do Ministério Público para fixar o regime prisional inicialmente fechado e para cassar o benefício do art. 44 do Código Penal;

2) de ofício, reduzo a pena aplicada ao apelado para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixada a unidade no mínimo legal. " (fls. 9/10).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como visto, a Corte local manteve o regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda corporal apenas por considerar que o tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo, está sujeito à vedação legal constante da Lei nº 8.072/90, bem como considerou incabível a substituição da pena por medidas restritivas de direitos, ante o óbice contido no art. 44 da Lei nº 11.343/06.

Entretanto, considerando a quantidade de pena aplicada - 1 ano e 8 meses de reclusão -, reconhecida a primariedade do réu e fixada a pena-base no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, como no caso, levando em conta, ainda, a pequena quantidade de droga apreendida em seu poder - 3 pedras de crack e 11 buchas de maconha -, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto, visto que não supera 4 anos, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, eis que alheia às particularidades do caso concreto, consoante vem sendo decidido pela Sexta Turma desta Corte.

São os nossos precedentes:

A - "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI N.º 11.343/06. 1. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. RÉU PRIMÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, NEM QUE SE DEDIQUE À ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INCIDÊNCIA. 3. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não obstante o colegiado do Tribunal de origem não ter examinando a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior. Precedentes.

2. Em sendo o acusado primário, sem antecedentes desabonadores, e não se comprovando qualquer participação do paciente em organização criminosa ou de sua dedicação à atividade criminosa, é de ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a incidência da causa de diminuição, reduzindo a pena aplicada, e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Mantida as demais cominações estipuladas no acórdão." (HC nº 154.570/RS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 10/5/2010.)

B - "HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL À RECUPERAÇÃO DA CONDENADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando a Lei nº 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena

inferior a 2 (dois) anos.

2. Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea 'c', deve ser o aberto.

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva." (HC nº 128.889/DF, Relator o Desembargador convocado **CELSO LIMONGI**, DJe de 5/10/2009.)

De outro giro, muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, a partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS (sessão de 18/3/2010 – acórdão pendente de publicação), de Relatoria do Ministro Nilson Naves, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC 149.807/SP, da relatoria do Ministro Og Fernandes, DJe de 20/9/2010, que traz a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS, RECONHECIMENTO DE PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. ADEQUAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. NECESSIDADE.

1. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

2. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do processo por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.

3. A aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos, alheia às peculiaridades do caso concreto, acarretaria inafastável ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo.

4. Se o dispositivo legal responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – que iniciem a expiação no regime mais gravoso.

5. É certo que num momento anterior, quando da apreciação da Arguição de Inconstitucionalidade no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, a Corte Especial, majoritariamente, afastou a possibilidade do deferimento do benefício da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas na vigência da Lei nº 11.343/06.

6. Contudo, a partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente.

7. 'A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes' (STF, HC 102.678/MG, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 23.4.2010).

8. Considerando a quantidade de pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão; a primariedade e os bons antecedentes; e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é devido o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e também a substituição da sanção corporal por duas medidas restritivas de direitos.

9. Na aplicação da pena de multa, deve-se guardar proporção com a privativa de liberdade.

10. Na hipótese, após a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o Tribunal de origem reduziu a reprimenda em 2/3 (dois terços), diminuindo a pena pecuniária em apenas 1/3 (um terço).

11. Ordem concedida para, de um lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana; de outro lado, redimensionar a pena pecuniária, de 332 (trezentos e trinta e dois) para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções."

Ademais, no julgamento do HC nº 97.256/RS, realizado na sessão Plenária do dia 1º de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu que são inconstitucionais dispositivos da Nova Lei de Drogas que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico de drogas.

Desse modo, acompanhando os recentes julgados desta Turma e do STF, entendo ser devida a substituição da sanção corporal imposta ao paciente por duas medidas restritivas de direitos, conforme estabelecido pelo juiz de primeiro grau na sentença condenatória, uma vez preenchidos os requisitos legais.

Diante do exposto, concedo o **habeas corpus** para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituí-la por duas medidas restritivas de direitos, tal qual estabelecido pelo juiz de primeiro grau na sentença condenatória.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0061882-0

HC 201.085 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 10443080370044

EM MESA

JULGADO: 16/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SUZI PATRICE AGUILAR SILVA MATOS E MEIRA
ADVOGADO : SUZI PATRICE AGUILAR SILVA MATOS E MEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DANIEL CARVALHO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Parte Geral - Aplicação da Pena

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 do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.