



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.007 - SP (2011/0070074-7)

RELATOR : MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
IMPETRANTE : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENES DERQUIAN ALVES DE CARVALHO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Trata-se de pedido de fixação de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade deduzido em favor de paciente condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 166 dias-multa, pelo tráfico de 11 pedras de crack (4,2 gramas).

2. A fixação do regime inicial fechado em razão da aplicação literal do disposto na Lei de Crimes Hediondos, não se mostra razoável, eis que alheio às particularidades de cada caso, sendo de rigor a observância do princípio da individualização da pena.

3. Considerando a primariedade do paciente, as circunstâncias judiciais favoráveis, a pena-base fixada no mínimo legal, a quantidade de pena corporal imposta - 1 anos e 8 meses de reclusão -, e a reduzida quantidade de droga apreendida, mostra-se mais adequado o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

4. O pleno Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Nova Lei de Drogas que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico sob a égide da Lei nº 11.343/2006.

5. **Habeas corpus** concedido para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, a serem implementadas pelo Juízo da Execução.

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, sendo que o Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) a concedia em menor extensão.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília (DF), 07 de junho de 2011 (data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.007 - SP (2011/0070074-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Denes Derquian Alves de Carvalho, condenado como incurso no artigo 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 166 dias-multa, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

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. 36.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República ao manifestar-se (fls. 45/47), opinou pela concessão parcial do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.007 - SP (2011/0070074-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (Relator): Tenho que a ordem deve ser concedida.

Ao proferir a sentença condenatória, no que interessa, disse a Juíza de primeiro grau:

*"A materialidade da infração está demonstrada pelo laudo pericial acostado a fls. 56. Da autoria inexistente a menor dúvida, até porque o réu a admitiu quando interrogado pela autoridade policial. É verdade que, nesta audiência, se retratou e disse que a droga apreendida em seu poder destinava-se ao próprio consumo. Além disso, justificou a confissão extrajudicial afirmando que sofreu 'pressão psicológica', embora não tivesse logrado êxito em esclarecer qual teria sido ela. Se isso não bastasse, na data do evento, os dois policiais militares que os surpreenderam com a droga disseram que ao ser inquirido o imputado esclareceu que a havia recebido com o intuito de transportá-la, tendo por isso sido pago com a importância de R\$ 40,00, exatamente como ele referiu a autoridade policial. É claro que, mais de três meses após o fato, nesta audiência, os milicianos não reproduziram exatamente as versões fornecidas naquela ocasião, mas, em síntese corroboram não só os depoimentos do réu. A par disso, coerentemente, esclareceram que em nenhum momento ele afirmou que as porções de crack de que tinha posse destinava-se ao próprio consumo. Portanto não resta a menor dúvida que a conduta do acusado se subsumiu ao tipo penal que lhe é atribuído, o que conduz a condenação, ficando prejudicada a primeira tese esposada pela combativa defensora. **Posto isso**, e pelo mais que dos autos consta, julgo **procedente** a ação e **condeno DENES DERQUIAN ALVES DE CARVALHO**, como incurso nos artigos 33, da Lei 11.343/06, à pena de **UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO, além de CENTO E SESSENTA E SEIS DIAS-MULTA** no valor mínimo, cujo cumprimento inicial dar-se-á em **regime fechado**, tendo em vista que o delito em questão é equiparado a hediondo, nada obstante as ponderações da esforçada defensora pública. Mas ainda que assim não fosse, tenho que o tráfico de droga é um dos maiores flagelos dos nossos dias, que precisa ser enfrentado com perseverança e rigor. Fixei a pena no piso, mas, a reduzi de 2/3, em face da presença dos requisitos previstos no § 4º, do artigo 33, do aludido diploma legal, tornando-a definitiva. No entanto, tendo em vista o que acima se consignou, nego-lhe qualquer benefício, devendo ser recomendado no*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento em que se encontra, até porque na espécie em exame o legislador vedou expressamente a concessão da liberdade provisória. Após o trânsito em julgado, lance-se o seu nome no rol dos culpados e arquivem-se os autos". (Fls. 15/16)

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

"No tocante às reprimendas impostas, verifica-se que foram criteriosamente dosadas, observadas as especificidades do caso concreto e de acordo com o livre e prudente convencimento do MM. Juízo de Primeiro Grau.

Nada há, portanto, a ser reparado.

Relativamente ao pedido de substituição da sanção corporal por restritiva de direitos, incabível sua acolhida, em virtude da severa restrição inerente à modalidade prisional fechada.

Outrossim, ausente o requisito do inciso III do artigo 44 do Código Penal, uma vez que a concessão da benesse não se mostra suficiente à repressão do delito.

Por derradeiro, quanto ao regime prisional impositivo à espécie, insta manter-se a modalidade inicial fechada, em consonância com o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

*Diante do exposto, **nega-se provimento** ao apelo". (Fls. 30/31)*

Como se pode ver, o Juiz de primeiro grau estabeleceu o regime prisional fechado essencialmente em razão do disposto na Lei de Crimes Hediondos, em dissonância com o entendimento sufragado pela Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, no sentido de não ser razoável a sua aplicação literal, eis que alheio às particularidades do caso concreto, sendo mister a observância do princípio da individualização da pena.

No caso, considerando a primariedade do paciente, as circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido a pena-base fixada no mínimo legal, bem como a quantidade de pena corporal imposta - 1 ano e 8 meses de reclusão -, e levando-se em conta, ainda, a reduzida quantidade de droga apreendida (11 pedras de crack com peso total de 4,2 gramas), é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 **CELSON LIMONGI**, DJe de 5/10/2009.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, realizado em 18/3/2010, 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** nº 176.919, cujo acórdão, publicado em 13/12/2010, ficou assim resumido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. 1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

3. O STF entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

4. Considerando a pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão –, bem como a primariedade e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a substituição é medida que se impõe.

5. Ordem concedida para, de um lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade; de outro lado, substituí-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana."

(**HC** nº 176.919/DF, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe 13/12/2010)

Confirmando esse entendimento, no julgamento do **HC** nº 97.256/RS, o pleno Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Nova Lei de Drogas que proíbem expressamente a conversão da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico sob a égide da Lei nº 11.343/2006.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

"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 promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 97.256, Relator o Ministro **AYRES BRITTO**, DJe de 15/12/2010.)*

Desse modo, acompanhando os recentes julgados desta Turma e do Supremo Tribunal Federal, entendo que deve ser fixado o regime inicial aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como, preenchidos os requisitos legais, ser devida a substituição da sanção corporal imposta ao paciente por duas medidas restritivas de direitos.

Ante o exposto, concedo o **habeas corpus** para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, a serem implementadas pelo Juízo da Execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.007 - SP (2011/0070074-7)

RELATOR : MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
IMPETRANTE : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENES DERQUIAN ALVES DE CARVALHO

VOTO

O SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS): Sra. Ministra Presidente, ficaria sem substituir pela prestação de serviços à comunidade e limitação, manteria só o regime aberto. Ficaria vencido só nessa última parte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0070074-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 202.007 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 115725320108260114 3862010 990103879546

EM MESA

JULGADO: 07/06/2011

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. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENES DERQUIAN ALVES DE CARVALHO

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 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, sendo que o Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) a concedia em menor extensão".

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

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