



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.319 - MG (2009/0145902-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEBORAH MAIA CARNEIRO COSTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FRANCISCO TATIANE RODRIGUES
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR
PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL DECLARADA EM RECENTE PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

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

2. Não subsiste empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos condenados pelos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37 da Nova Lei de Drogas, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos termos do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 que vedam o benefício.

3. Admitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é incabível o benefício da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77, inciso III, do Código Penal.

4. Ordem parcialmente concedida para assegurar ao Paciente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser implementada pelo Juízo das Execuções Penais, diante das peculiaridades do caso.

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 Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.319 - MG (2009/0145902-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEBORAH MAIA CARNEIRO COSTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FRANCISCO TATIANE RODRIGUES
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR
PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de FRANCISCO TATIANE RODRIGUES, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Narra a Impetrante que o ora Paciente foi denunciado e condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime fechado, e 333 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem houve por bem dar parcial provimento ao recurso defensivo para diminuir as penas para 01 ano e 08 meses de reclusão e 168 dias-multa, pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, em seu percentual máximo de redução.

Ainda inconformado, impetra o presente *writ*, alegando, em suma, que o Paciente faz jus, outrossim, à fixação de regime prisional menos gravoso (aberto) e aos benefícios da substituição das penas e do *sursis* da pena.

Requer, assim, liminarmente, seja reconhecido o direito do Paciente de aguardar o julgamento do *writ* em liberdade. No mérito, pede a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva, a substituição das penas, a concessão do *sursis* da pena, além da isenção de custas processuais.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 222/223.

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

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 226/240, opinando pela parcial concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.319 - MG (2009/0145902-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL DECLARADA EM RECENTE PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

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

2. Não subsiste empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos condenados pelos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37 da Nova Lei de Drogas, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos termos do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 que vedam o benefício.

3. Admitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é incabível o benefício da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77, inciso III, do Código Penal.

4. Ordem parcialmente concedida para assegurar ao Paciente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser implementada pelo Juízo das Execuções Penais, diante das peculiaridades do caso.

VOTO

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

De início, quanto ao regime de cumprimento de pena, segundo o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido sob a égide 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 aos crimes cometidos quando já em vigor a novel legislação.

Com efeito, a tese acolhida por esta Corte encontra amparo, sobretudo, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ao benefício da substituição das penas, verifica-se, *in casu*, que a vedação ao benefício do art. 44 do Código Penal ao apenados pela prática do crime de tráfico de drogas, trazida pelo Lei n.º 11.343/06, foi o único argumento do acórdão impugnado para negar à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ao Paciente.

Ressalte-se que a substituição da pena privativa de liberdade mostra-se adequada à espécie, porquanto o Paciente é reconhecidamente primário, foi condenado por delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, e teve valoradas como favoráveis todas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância judiciais, tanto que sua pena-base restou fixada no patamar mínimo.

Nesse sentido, confira-se o posicionamento do Pretório Excelso:

"SENTENÇA PENAL. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nos 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos." (HC 84.928/MG, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 11/11/2005.)

Igual entendimento vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"[...] SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. PERMUTA ADMISSÍVEL. PROIBIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 E DO 44 DA NOVEL LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, se o delito foi praticado ainda na vigência da Lei 6.368/76.

2. As vedações constantes no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei n. 11.343/06 não são aplicáveis aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecente praticado na vigência da antiga Lei de Tóxicos.

3. Ordem concedida tão somente para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analise a possibilidade de fixar ao paciente regime prisional diverso do fechado, bem como de substituir a sanção reclusiva por restritiva de direitos." (HC 106.296/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)

Por fim, ressalto que nos termos do art. 77, inciso III, do Código Penal, a suspensão condicional da pena somente é possível quando não seja indicada a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, o que não é o caso.

À propósito:

"Requisitos da suspensão da pena

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)"

Assim, deve o Magistrado, ao fixar a reprimenda, analisar a possibilidade da substituição da pena nos termos do art. 44 do Código Penal, para, posteriormente, caso não seja aplicável a referida benesse, verificar o cabimento da suspensão condicional da pena, conforme o art. 77 do Código Penal.

Nesse sentido:

"CRIMINAL. HC. PORTE ILEGAL DE ARMA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DO SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA QUE AFASTA A ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

I. Requisitos da suspensão condicional da pena que abrangem o aspecto de que não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela reprimenda restritiva de direitos.

II. Se a paciente reuniu as condições para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, não há que se falar em análise da possibilidade de concessão do benefício da suspensão condicional da pena.

III. Remessa dos autos ao Tribunal a quo, com a determinação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

IV. Ordem concedida." (HC 28212/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2004, DJ 17/05/2004, p. 248)

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para assegurar ao Paciente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser implementada pelo Juízo das Execuções Penais, à luz do art. 44 do Código Penal, diante das peculiaridades do caso.

É como voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0145902-0

HC 143.319 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10079084077753 79084077753

EM MESA

JULGADO: 16/12/2010

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 ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: DEBORAH MAIA CARNEIRO COSTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: FRANCISCO TATIANE RODRIGUES
ADVOGADO	: PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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 Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.
Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília, 16 de dezembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.319 - MG (2009/0145902-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEBORAH MAIA CARNEIRO COSTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FRANCISCO TATIANE RODRIGUES
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR
PÚBLICO DA UNIÃO

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Peço vênia a essa orientação que já está consolidada, e fico vencido.