



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.916 - MG (2011/0263791-7)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : ROGÉRIO EVARISTO DA SILVA
ADVOGADO : MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ROGÉRIO EVARISTO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ART. 44 DA LEI ANTIDROGAS. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF.

1. Por ocasião do julgamento do HC-167.849/MG (sessão do dia 25.5.2010), salientei que, com a edição da Lei n.º 11.464/07, a qual modificou a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.
2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, entendendo ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
3. **In casu**, não obstante a primariedade e os bons antecedentes do réu, observo que a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido – friso 49 (quarenta e nove) pedras de *crack*, acondicionadas em invólucros de papel alumínio, totalizando 5,93 g (cinco gramas e noventa e três centigramas) – justificam a adoção de regime prisional mais gravoso.
4. Pelas mesmas balizas, penso não ser socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.
5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 23 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.916 - MG (2011/0263791-7)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Rogério Evaristo da Silva, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o ora paciente, denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/06, foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Irresignada, apelou a defesa. Ao feito foi dado parcial provimento para reduzir a reprimenda aplicada ao patamar de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa. Ficou mantido o regime prisional.

Neste *writ*, insurge-se a defensoria-impetrante contra a fixação de regime mais gravoso para início de cumprimento da pena e a vedação à substituição da pena, alegando que a simples ocorrência do crime não é suficiente para a imposição imediata e automática do regime fechado.

Acrescenta que a análise das condições pessoais do agente é imprescindível, em atenção ao princípio da proporcionalidade e que a vedação contida no § 4º do art. 33 da Lei de Entorpecentes não deve mais ser aplicada.

Requer, a fixação do regime aberto para cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida à fl. 64.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-fls. 98/101).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.916 - MG (2011/0263791-7)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Na hipótese, o paciente foi condenado por tráfico de drogas por trazer consigo 49 (quarenta e nove) pedras de *crack*, acondicionadas em invólucros de papel alumínio, totalizando 5,93 g (cinco gramas e noventa e três centigramas).

A pena foi inicialmente arbitrada em 5 (cinco) anos de reclusão, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Em sede de apelação, foi dado parcial provimento ao recurso para reduzir a reprimenda, nos seguintes termos:

Tratando-se de réu primário, possuidor de bons antecedentes (CAC - fl. 39-40), ao contrário do que considerou o magistrado a quo, sendo que o simples fato de o acusado ter em seu desfavor eventuais inquéritos policiais ou ações em andamento não pode configurar maus antecedentes, não vindo ainda aos autos prova de que se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, não há motivo para negar-lhe a benesse pleiteada.

Assim, nos termos do art. 42, da Lei em questão, considerando que foi apreendido em poder do acusado 5,93 g (cinco gramas e noventa e três centigramas) de cocaína, aplica-se a fração redutora intermediária 1/2, redefinindo as penas do acusado em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Apesar disso, o regime prisional merece ser preservado, pois, a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, não retira a hediondez do delito, que não deixa de ser o previsto no caput ou § 1º do mesmo dispositivo de lei, impondo-se, pois, a observância do § 1º, do artigo 2º, da Lei n.º 8.072/90, com a aplicação do regime inicial fechado.

Na mesma linha de entendimento, por expressa vedação legal, art. 33, § 4º, e art. 44, ambos da Lei n.º 11.343/06, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do sursis. (e-fls. 33/34).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vê-se que, ao fixar o regime mais gravoso e impedir a substituição da pena corporal, o julgador se valeu unicamente do óbice previsto na Lei de Crimes Hediondos, contrariando entendimento dos Tribunais Superiores.

Por ocasião do julgamento do HC-167.849/MG (sessão do dia 25.5.2010), salientei que, com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.

Disse mais: 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.

Nesse sentido, verifiquem-se os recentes precedentes: **HC-130.113/SC**, Relator Ministro Nilson Naves; **HC-154.570/RS**, Relatora Ministra Maria Thereza; e **HC-128.889/DF**, Relator Desembargador convocado Celso Limongi. Este último assim sumariado:

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 128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 5.10.09)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Noutro giro, o STF entendeu possível, já diante da Lei n.º 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

Nesse particular, confira-se decisão plenária proferida no HC nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Ayres Britto (DJe de 16/12/2010):

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.

Com efeito, a hediondez do delito não basta para justificar uma maior penalização do réu, cabendo a avaliação de dados concretos presentes nos autos.

In casu, não obstante a primariedade e os bons antecedentes do réu, observo que a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido – friso 49 (quarenta e nove) pedras de *crack*, acondicionadas em invólucros de papel alumínio, totalizando 5,93 g (cinco gramas e noventa e três centigramas) – justificam a adoção de regime prisional mais gravoso.

Pelas mesmas balizas, penso não ser socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Pelo exposto, voto pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0263791-7

HC 223.916 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10701100256265 701100256265

EM MESA

JULGADO: 23/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROGÉRIO EVARISTO DA SILVA
ADVOGADO : MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ROGÉRIO EVARISTO DA SILVA

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, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

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