



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.395 - MS (2011/0207111-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : GRAZIELA EILERT BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JAKSON PEREIRA DA SILVA
PACIENTE : ROOSEVELT BEM DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR INTERMEDIÁRIO DE 1/2 (METADE). CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, porque presos em flagrante, no dia 01 de novembro de 2009, transportando 27 kg de maconha em suas malas, no interior de ônibus interestadual. O primeiro Paciente, em face da menoridade relativa, foi condenado à pena de 02 anos e 09 meses de reclusão, já o segundo teve a reprimenda fixada em 03 anos, 01 mês e 15 dias de reclusão, ambos em regime semiaberto, concedido o apelo em liberdade. Contudo, o acórdão de apelação impugnado lhes impôs o regime inicial fechado, nos termos do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90.

2. As instâncias ordinárias reconheceram que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, tendo em vista a quantidade, a natureza e a forma em que foi acondicionada a droga apreendida.

3. Não obstante a declaração incidental da inconstitucionalidade da proibição prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, devem os Pacientes iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

5. 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 e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.395 - MS (2011/0207111-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : GRAZIELA EILERT BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JAKSON PEREIRA DA SILVA
PACIENTE : ROOSEVELT BEM DOS SANTOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JAKSON PEREIRA DA SILVA e ROOSEVELT BEM DOS SANTOS, condenados como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que, ao dar provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, fixou o regime inicial fechado para o inicial cumprimento da pena imposta aos ora Pacientes.

Busca a Impetrante, liminarmente e no mérito, a alteração do regime de cumprimento de pena, segundo as disposições do art. 33 do Código Penal, e que o Juízo das Execuções analise a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 60/61.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 169/72).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.395 - MS (2011/0207111-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR INTERMEDIÁRIO DE 1/2 (METADE). CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, porque presos em flagrante, no dia 01 de novembro de 2009, transportando 27 kg de maconha em suas malas, no interior de ônibus interestadual. O primeiro Paciente, em face da menoridade relativa, foi condenado à pena de 02 anos e 09 meses de reclusão, já o segundo teve a reprimenda fixada em 03 anos, 01 mês e 15 dias de reclusão, ambos em regime semiaberto, concedido o apelo em liberdade. Contudo, o acórdão de apelação impugnado lhes impôs o regime inicial fechado, nos termos do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90.

2. As instâncias ordinárias reconheceram que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, tendo em vista a quantidade, a natureza e a forma em que foi acondicionada a droga apreendida.

3. Não obstante a declaração incidental da inconstitucionalidade da proibição prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, devem os Pacientes iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

5. Ordem denegada.

VOTO

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

No caso dos autos, os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, porque presos em flagrante, no dia 01 de novembro de 2009, transportando 27 kg de maconha em suas malas, no interior de ônibus interestadual. O primeiro Paciente, em face da menoridade relativa, foi condenado à pena de 02 anos e 09 meses de reclusão, já o segundo teve a reprimenda fixada em 03 anos, 01 mês e 15 dias de reclusão, ambos em regime semiaberto, concedido o apelo em liberdade. Contudo, o acórdão de apelação impugnado lhes impôs o regime inicial fechado, nos termos do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90.

A sentença condenatória, nessa parte mantida pela Corte sul-mato-grossense, ressaltou que *"no caso destes autos, os agentes não se adequam às premissas dos artigos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44 e 59 do CP para fazerem jus ao benefício da substituição" (fl. 16).

Cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, por afronta ao princípio da individualização da pena.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, as instâncias ordinárias reconheceram que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, tendo em vista a quantidade, a natureza e a forma em que foi acondicionada a 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.

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) papелotes 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.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 criminoso 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, consequentemente, 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 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, não obstante a declaração incidental da inconstitucionalidade da proibição prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, devem os Pacientes iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (953 PEDRAS DE CRACK e 101 TABLETES DE MACONHA). REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. ORDEM DENEGADA.

1. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "[a] conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram que a grande quantidade de substâncias apreendidas - 953 pedras de crack e 101 tabletes de maconha - evidencia o grau de envolvimento do ora Paciente com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

3. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90.

4. Ordem denegada." (HC 202.527/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/08/2011.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0207111-1

HC 217.395 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110193323 33090013088

EM MESA

JULGADO: 25/10/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: GRAZIELA EILERT BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: JAKSON PEREIRA DA SILVA
PACIENTE	: ROOSEVELT BEM DOS SANTOS

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 e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.