



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 220.949 - DF (2011/0239191-2)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL  
**ADVOGADO** : PAULO CHAGAS - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS  
**PACIENTE** : VANESSA CRISTINA FRANCISCA DE JESUS (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM DENEGADA.

1. A Paciente – surpreendida na posse de 43,20 gramas de maconha ao tentar adentrar no interior de unidade prisional – foi condenada à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime fechado, pela prática de tráfico de drogas.

2. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão das peculiaridades do caso.

4. 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), 28 de fevereiro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 220.949 - DF (2011/0239191-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL  
ADVOGADO : PAULO CHAGAS - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS  
PACIENTE : VANESSA CRISTINA FRANCISCA DE JESUS (PRESO)

### RELATÓRIO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VANESSA CRISTINA FRANCISCA DE JESUS – condenada à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime fechado, pela prática de tráfico de drogas –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ementado nos seguintes termos:

*"RECURSO DE AGRAVO – EXECUÇÃO – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INVIABILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS – REFORMA DA DECISÃO.*

*I. Apesar de a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas ter sido em controle incidental, nos autos do HC 97.256/RS, o efeito erga omnes encontra respaldo na teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.*

*II. A concessão da benesse depende da análise do caso concreto. Além dos requisitos do artigo 44 do Código Penal, devem-se avaliar as circunstâncias em que o crime foi cometido. A quantidade de entorpecente apreendido – 43,20 (quarenta e três gramas e vinte centigramas) de maconha – e o fato de que o destino da droga seria o interior do presídio evidenciam que a medida não é socialmente recomendável.*

*III. Recurso provido." (fl. 32)*

Consta dos autos que o magistrado singular deferiu a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Irresignado, o Ministério Público recorreu perante a Corte *a quo*, que deu provimento ao recurso para cassar a benesse.

Contra esse acórdão, foi impetrado o presente *writ*, pretendendo-se o restabelecimento da decisão de 1.º grau. Requer a Defesa, liminarmente, a expedição de salvo conduto.

Indeferida a liminar, foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*,



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

prestadas às fls. 53/72.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 76/79, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 220.949 - DF (2011/0239191-2)**

### EMENTA

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM DENEGADA.**

1. A Paciente – surpreendida na posse de 43,20 gramas de maconha ao tentar adentrar no interior de unidade prisional – foi condenada à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime fechado, pela prática de tráfico de drogas.

2. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão das peculiaridades do caso.

4. Ordem denegada.

### VOTO

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):**

O acórdão impugnado foi fundamentado nos seguintes termos:

*"Recurso de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS contra decisão do MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais do Distrito Federal, que deferiu a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos a VANESSA CRISTINA FRANCISCA DE JESUS, condenada a 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais 180 (cento e oitenta) dias-multa, à mínima razão, pelo crime do artigo 33, **caput**, c/c o artigo 40, inciso III, ambos, da Lei 11.343/06.*

*Preliminarmente, sustenta que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 97.256/RS, só se aplica ao caso individual, pois não foi analisada a lei em tese. Afirma que “não há obrigatoriedade em se estender os mesmos argumentos do **habeas corpus** supracitado ao presente feito”. No mérito, requer seja indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Destaca a quantidade de droga apreendida.*

[...]



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Insurge-se o MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS contra decisão do MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais do Distrito Federal que deferiu a VANESSA CRISTINA FRANCISCA DE JESUS, condenada por tráfico de drogas, substituição da pena corporal por restritivas de direitos.*

### *PRELIMINAR*

*O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei Antidrogas, quanto à vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, no HC 97.256/RS. Apesar de a decisão ter ocorrido em controle incidental, o efeito **erga omnes** encontra respaldo na teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Sabe-se que parte da doutrina entende necessária a reforma constitucional para modificar os artigos 52, X, e 97 da CFB. Mas a reformulação hermenêutica do STF visa atribuir decisão uniforme a todos os destinatários. Pela pertinência, trago excerto do voto do Ministro Teori Albino Zavascki, no REsp 828.106/SP, julgado em 02/05/2006: [...] Rejeito a preliminar.*

### *MÉRITO*

*A substituição da pena corporal no crime de tráfico tornou-se possível com a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06. Mas a concessão da benesse depende da análise do caso concreto. Além dos requisitos do artigo 44 do Código Penal, devem-se avaliar as circunstâncias em que o crime foi cometido.*

*Confira a jurisprudência da Turma: [...]*

*No caso, a quantidade de maconha apreendida – 43,20g (quarenta e três gramas e vinte centigramas) é significativa, levado em conta o fato de que o entorpecente destinava-se à difusão no interior do PDF II.*

*A introdução de drogas em presídios é hoje uma das causas mais determinantes da explosão de violência, na medida em que aumenta sobremaneira o poder das quadrilhas lá encarceradas e encasteladas. O lucro obtido com o comércio de drogas apenas dentro das penitenciárias já é um dos negócios ilícitos mais rentáveis no submundo da criminalidade. A apreensão de pouco entorpecente, suficiente para utilização durante a visita, poderia até merecer tratamento benéfico. Mas não é o caso.*

*Para confeccionar um cigarro de maconha, utiliza-se apenas 01 (um) grama da substância, no máximo 02 (duas) gramas. Logo, a quantidade apreendida (43,20g) daria para confeccionar mais de 30 (trinta) cigarros contendo a substância, o que, de fato, confirma o intuito de difusão ilícita da droga dentro do presídio, pois a maconha é perecível.*

*É sabido que, na maioria das vezes, o destino da droga, dentro do estabelecimento prisional, resume-se na venda direta do entorpecente ou na conversão em importante instrumento de troca.*

*A medida não é socialmente recomendável.*

*Dou provimento ao agravo para cassar a substituição da pena corporal por restritivas de direitos." (fls. 32/37)*

No que diz respeito ao regime prisional para o crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, cumpre ressaltar que, não obstante o regime inicial fechado seja imposto aos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007 – que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 –, após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, passou-se a admitir a adequação também do regime, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, com a fixação de regime prisional mais brando, compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento. 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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." (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.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, 6.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão das peculiaridades do caso, a saber, a tentativa de introdução de estupefacientes no interior de unidade prisional.

Exemplificativamente:

*"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 atraindo*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 22/06/2011.)

"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 criminosa 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 -, entendendo 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.<sup>a</sup> 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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, sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deveriam as Paciente iniciar o cumprimento de suas penas no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0239191-2

**HC 220.949 / DF**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 19378220108070015 20100111692798 20110020048938

EM MESA

JULGADO: 28/02/2012

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL  
ADVOGADO : PAULO CHAGAS - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS  
PACIENTE : VANESSA CRISTINA FRANCISCA DE JESUS (PRESO)

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.