



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.201 - MS (2011/0257974-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : HENOC CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENOC CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ELIANDREZA ROCHA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : ANA MÁRCIA DA SILVA (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. Pacientes – surpreendidas na posse de 30,265 Kg de maconha – condenadas à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime fechado, como incursas no art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

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, ante a elevada quantidade de entorpecente apreendido.

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 223.201 - MS (2011/0257974-0)

IMPETRANTE : HENOCK CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENOCK CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ELIANDREZA ROCHA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : ANA MÁRCIA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ELIANDREZA ROCHA DA SILVA e ANA MÁRCIA DA SILVA – condenadas à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime fechado, pelo crime de tráfico de drogas –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, ementado nos seguintes termos:

"APELAÇÃO – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO – IMPOSSIBILIDADE TOTAL – NÃO PROVIMENTO. O tráfico de drogas é crime equiparado ao hediondo; assim o condenado deve cumprir a pena no regime inicial fechado e, em consequência, não há falar na conversão da reprimenda por restritiva de direito, ainda que aplicada a benesse do art. 33, § 4º (conduta eventual), da Lei n. 11.343. Apelação defensiva a que se nega provimento, ante a correta aplicação da lei penal." (fl. 228)

No presente writ, a impetração sustenta a ilegalidade da dosimetria da pena. Requer a Defesa, liminarmente, a remoção das Pacientes para o regime aberto e, no mérito, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Indeferida a liminar, foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 257/321.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 325/333, opinando pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.201 - MS (2011/0257974-0)

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. Pacientes – surpreendidas na posse de 30,265 Kg de maconha – condenadas à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime fechado, como incursas no art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

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, ante a elevada quantidade de entorpecente apreendido.

4. Ordem denegada.

VOTO

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

O acórdão impugnado foi fundamentado nos seguintes termos:

"[...]

Eliandrea Rocha da Silva e Ana Márcia da Silva foram condenadas à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa, como incurso no art. 33, caput, c.c §4º, da Lei n. 11.343/06, porque, segundo consta, no dia 25, de junho de 2010, no interior do ônibus da Viação Eucatur, foram surpreendidas transportando 30 Kg de maconha, sendo encontrado aproximadamente 15 Kg da droga na mala de cada uma das acusadas.

Inconformadas com o decisum, as acuadas recorrem a esta Corte objetivando o afastamento da hediondez do delito, para que seja fixado o regime inicial de cumprimento de pena no aberto e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

[...]

Segundo a prefacial – aos 25 de junho de 2010, por volta das 20 h, no Terminal Rodoviário, situado na Avenida Gury Marques, Vila Albuquerque, em Campo Grande – as apelantes transportavam, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bagageiro do ônibus da empresa EUCATUR que fazia o itinerário Campo Grande/Cuiabá (MT), 11 (onze) tabletes de maconha, que pesaram no total 30,625 kg (trinta quilos, seiscientos e vinte e cinco gramas).

Requerem o afastamento da hediondez, com o consequente abrandamento do regime prisional e a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

No entanto, a pretensão defensiva não merece prosperar, visto que os condenados por tráfico de drogas – tenha sido a conduta criminosa havida como eventual ou não – não podem ser tratados como criminosos comuns, na medida em que o tipo penal é um só. Não existem duas espécies de tráfico de drogas.

Existem circunstâncias capazes de majorar ou minorar a pena aplicada, e isto nem sequer passa perto da possibilidade de alterar a natureza do ilícito, de sua gravidade ou de sua mitigação.

Falar em conduta eventual no crime de tráfico de drogas decorre, única e exclusivamente, do preenchimento de condições pessoais do acusado, que absolutamente nada tem a ver com a figura delitiva em si mesma.

Como cediço, as chamadas causas de aumento ou de diminuição são circunstâncias secundárias 'cuja ausência não influi de forma alguma sobre a sua existência. Tem a função de agravar ou abrandar a sanção penal e situa-se nos parágrafos'.

Endossa ROGÉRIO GRECO que 'circunstâncias são dados periféricos, acessórios, que gravitam ao redor da figura típica, somente interferindo na graduação da pena. A existência ou não de uma circunstância, em nada interfere na definição da figura típica, tendo a sua importância limitada ao aumento ou diminuição da pena de uma determinada infração penal'.

Outrossim, a intenção do legislador ao criar a referida diminuta foi atender aos reclamos da política criminal e compensar o aumento da pena-base implementado pela Lei n.º 11.343/06, e não nivelar o tráfico ao crime comum.

Reforçando o entendimento, o art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, e o art. 83, V, do Código Penal, restringem e recrudescem uma série de benefícios – como anistia, a graça, o indulto, a fiança, a progressão de regime e o livramento condicional – aos processados e condenados pela prática de crimes hediondos e assemelhados, tal qual o tráfico de drogas.

Sobre o assunto leciona a doutrina: [...]

Assim, é indubitoso que o tráfico de drogas tem natureza hedionda e, dessa forma, a mera incidência de uma causa de diminuição, como aquela que define a figura ocasional do delito, não modifica a realidade.

Em julgado recente, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA firmou posicionamento, in verbis: [...]

*Por outro lado, é inegável que o transporte de **significativa quantidade de maconha** torna indiscutível a hediondez do delito.*

*Feitas essas considerações, forçoso reconhecer que, nesse caso, o **regime inicial deve ser o fechado, com vedação à substituição da reprimenda**, nos moldes do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, e do art. 44, da Lei n. 11.343/06.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por ELIANDREZA ROCHA DA SILVA e ANA MÁRCIA DA SILVA, mantendo integralmente a sentença condenatória." (fls. 228/241)

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, 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, que justificaram, aliás, a aplicação da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, em grau intermediário.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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) papérolas 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.)

"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 do 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, conseqüentemente, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0257974-0

HC 223.201 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1100361898 20110135053 361891820108120001

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 : HENOCK CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENOCK CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ELIANDREZA ROCHA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : ANA MÁRCIA DA SILVA (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.