



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.757 - DF (2010/0198321-4)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : FREDERICO RIBEIRO RAPOSO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ANTONIO MARCOS SILVA SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DROGAS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. A viabilidade do exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração das circunstâncias judiciais ou errônea aplicação do método trifásico e daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu, o que se constata na hipótese em apreço.

II. O Plenário do STF declarou, incidentalmente e por maioria de votos, a inconstitucionalidade das expressões “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constantes na Lei 11.343/06, mostrando ser possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

III. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.

IV. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de maio de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP/Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.757 - DF (2010/0198321-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ANTONIO MARCOS SILVA SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que negou provimento à Apelação Criminal n.º 20070110141016, nos termos da seguinte ementa:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGA. INVESTIGAÇÃO INICIADA POR DENÚNCIA ANÔNIMA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CRÍTICA DA DOSIMETRIA PENAL.

1 A denúncia anônima que relata um delito de ação pública pode perfeitamente justificar o início de uma investigação policial e, se confirmada, ensejar a instauração de inquérito, consoante o artigo 5º, § 3º, do Código de Processo Penal.

2 A negativa de autoria deve ceder diante da fartura das provas produzidas nos autos, que resultaram na apreensão de cento e vinte latas metálicas de merla embrulhadas em jornal e escondidas debaixo da cama do réu, pesando mais de um quilo e oitocentos gramas.

3 O réu é primário e de bons antecedentes, não havendo prova de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Mas, embora favoráveis as circunstâncias judiciais, que ensejaram a pena mínima, a redução da pena com base no artigo 33, § 4º da Lei 11.346/2006, deve ser estabelecida pela fração mínima de um sexto, em razão da natureza, nocividade e expressiva quantidade do entorpecente apreendido.

4 Apelação desprovida." (fl. 22).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, no Juízo da 4ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 04 anos e 02 meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 500 dias-multa, por ter sido flagrado com aproximadamente 02 quilogramas de substância entorpecente vulgarmente conhecida como "merla", violando a norma do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Não se conformando com o decreto condenatório, a Defesa interpôs recurso no Tribunal *a quo*. A Corte de origem, contudo, à unanimidade de votos, negou provimento ao apelo.

No presente *writ*, alega-se constrangimento ilegal sob o argumento de que por ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o réu primário, ter bons antecedentes criminais e não ter sido provado na instrução criminal que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização desse gênero, a pena-base deveria ter sido estabelecida no mínimo legal, aplicando-se a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo.

Neste sentido, afirma que deveria ter sido reconhecida a faculdade de resgatar inicialmente sua pena em regime diverso do fechado.

Noutro giro, aduz pelo reconhecimento da inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal da expressão: "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", contida no diploma legal acima destacado, revelador da prevalência do princípio da individualização da pena.

Requer "*seja provido o presente habeas corpus, para reduzir a pena aplicada inicialmente de 05 anos de reclusão no grau máximo (2/3), nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, e por conseguinte, a adequação do regime inicial de cumprimento de pena para o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*". (fl. 10). Subsidiariamente, requer a fixação do regime prisional no meio intermediário.

Sem pedido liminar, os autos foram encaminhados à Subprocuradoria Geral da República, que se manifestou, em parecer juntado às fls. 34/36, pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.757 - DF (2010/0198321-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ANTONIO MARCOS SILVA SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que denegou a ordem no *Habeas Corpus* n.º 20070110141016.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, no Juízo da 4ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 04 anos e 02 meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 500 dias-multa, por ter sido flagrado com aproximadamente 02 quilogramas de substância entorpecente vulgarmente conhecida como "merla", violando a norma do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Não se conformando com o decreto condenatório, a Defesa interpôs recurso no Tribunal *a quo*. A Corte de origem, contudo, à unanimidade de votos, negou provimento ao apelo.

No presente *writ*, alega-se constrangimento ilegal sob o argumento de que por ser o réu primário, ter bons antecedentes criminais e não ter sido provado na instrução criminal que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização desse gênero, a pena-base deveria ter sido estabelecida no mínimo legal, aplicando-se a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo.

Neste sentido, afirma que deveria ter sido reconhecida a faculdade de resgatar inicialmente sua pena em regime diverso do fechado.

Noutro giro, aduz pelo reconhecimento da inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal da expressão: "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", contida no diploma legal acima destacado, revelador da prevalência do princípio da individualização da pena.

Requer "*seja provido o presente habeas corpus, para reduzir a pena aplicada inicialmente de 05 anos de reclusão no grau máximo (2/3), nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, e por conseguinte, a adequação do regime inicial de cumprimento de pena para o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por restritiva de direitos". (fl. 10). Subsidiariamente, requer a fixação do regime prisional no meio intermediário.

Passo à análise da irresignação.

A juíza de primeiro grau assim fundamentou o decreto condenatório, no que interessa ao exame deste *habeas corpus*:

"Passo à dosimetria da pena, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e do artigo 68 do Código Penal.

Atenta às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP c/c art. 42 da Lei n.º 11.343/06, assinalo que a ré [sic] agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar; não registra antecedentes penais; poucos elementos se coletaram a respeito de sua conduta social e personalidade; o motivo do delito é identificável como a facilitação e contribuição para a difusão ilícita da substância entorpecente; as circunstâncias do crime são as inerentes à própria espécie penal e encontram-se relatadas nos autos; o crime não gerou consequências maiores à saúde pública, porquanto a droga foi apreendida.

À vista das circunstâncias analisadas, preponderantemente favoráveis ao réu, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.

Não segunda fase de aplicação da pena, verifico que não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem valoradas.

Contato ser a hipótese de aplicação da causa de diminuição de pena constante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, eis que o condenado é primário, portador de bons antecedentes e não se dedica reiteradamente às atividades delitivas, tampouco integra organização criminosa, razão pela qual reduzo a reprimenda em 1/6 (um sexto), em face da natureza da substância entorpecente ("merla") e da quantidade encontrada (1.825,92g).

Fica, pois, o réu condenado definitivamente à pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

(...)

Fixo o regime inicialmente fechado, para o cumprimento da pena, em face do disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07." (fls. 20/21, grifei).

O Tribunal de origem, por sua vez, ratificou a dosimetria da pena nestes termos:

"V O T O S

O Senhor Desembargador GEORGE LOPES LEITE - Relator

(...)

A redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Entorpecentes deve ser consonante com a pena base, que foi aplicada no mínimo legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais. Mas a quantidade considerável apreendida (mais de um quilo e oitocentos gramas) e a natureza da droga justificam plenamente a redução de apenas um sexto, nada havendo a corrigir na dosimetria penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

A Senhora Desembargadora SANDRA DE SANTIS - Revisora (...)

Passo à dosimetria.

O Magistrado fixou a pena no mínimo legal e a reduziu de 1/6 (um sexto), nos termos do art. 33, §4º, da Lei. Fundamentou que a quantidade encontrada e a natureza da droga – merla, que contém o alcalóide cocaína – não autorizam maior redução. Com acerto. Embora primário e de bons antecedentes, a quantidade é substancial: são 120 (cento e vinte) latas, que totalizam 1.825,92 (mil, oitocentos e vinte e cinco gramas e noventa e dois centigramas). No mesmo sentido decidiu esta Corte, ao julgar a APR 20080110370300, em 25/06/2009, DJ 07/07/2009, p. 148. A multa está proporcional.

Nego provimento ao apelo.

O Senhor Desembargador EDSON ALFREDO SMANIOTTO - Vogal

Com o Relator.

DECISÃO

DESPROVER. UNÂNIME."

Com efeito, em se tratando do crime de tráfico de drogas, o juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

Assim, a magistrada sentenciante poderia ter exasperado a pena inicial, com supedâneo no dispositivo legal acima destacado e na quantidade de droga encontrada com o réu.

Contudo, tendo ressaltado que o "*condenado é primário, portador de bons antecedentes e não se dedica reiteradamente às atividades delitivas, tampouco integra organização criminosa*", não há fundamentos para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, senão em seu patamar máximo, uma vez presentes todos os requisitos legais.

Cabe ressaltar que, no tocante ao reconhecimento da diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a viabilidade do exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração das circunstâncias judiciais ou errônea aplicação do método trifásico, e daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu, o que se constata na hipótese em apreço.

Assim, a sentença proferida no primeiro grau de jurisdição e o julgamento colegiado do Tribunal *a quo* merecem reparos, devendo ser concedida a ordem para o fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidir a causa especial de diminuição acima destacado na maior fração legal, qual seja, 2/3 (dois terços).

Esta conclusão encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, consoante se infere do seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. FRAÇÃO DO REDUTOR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RELEVÂNCIA PARA A ESCOLHA DO REDUTOR. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO EM 1/6. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

2. Constatado o preenchimento das condições necessárias ao reconhecimento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa, de rigor a aplicação da benesse.

(...)

5. Ordem concedida para reconhecer, em favor do paciente, a aplicação em 1/6 (um sexto) da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, tornando-se a sua pena definitiva em 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado."

(HC 177.281/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/03/2011)

Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o art. 44, *caput*, da Lei nº 11.363/06, assim disciplina a matéria:

"Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."

Neste aspecto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 1º de setembro de 2010, manifestou-se sobre o tema no julgamento HC n.º 97.256 -RS, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, declarando incidentalmente e por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do artigo 33, e da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após aquele julgado, o Pretório Excelso passou a admitir a possibilidade da concessão da ordem, deferindo a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Neste sentido, trago à colação os seguintes precedentes daquela Corte:

"Habeas Corpus. 2. Dosimetria da pena. Nulidade. 3. Tráfico de entorpecentes. Quantidade de droga. Previsão no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. 4. Traficante eventual ou de menor potencial. Atenuante do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. 5. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Crime praticado sob a égide da Lei n.º 11.343/2006. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 6. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 7. Ordem parcialmente deferida" (HC 104423/AL, Relator Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010).

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12.12.10. Ordem concedida" (HC 102678/MG, Relator Ministro EROS GRAUS, Segunda Turma, Dje de 09/03/10).

Portanto, mostra-se possível a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

De outro lado, em relação ao meio prisional menos gravoso, nos termos da Lei n.º 11.464/07, que deu nova redação ao § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90, o regime inicialmente fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometidos após a publicação da nova lei.

No entanto, considerando a declaração de inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, verifica-se a incompatibilidade da concessão deste benefício para o apenado em regime fechado, considerando-se que a pena restritiva de direitos visa, exatamente, evitar o encarceramento.

Nesse contexto, nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não deve existir impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena.

A corroborar esta conclusão, vê-se que o Supremo Tribunal Federal assim se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posicionou recentemente:

“Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida.” (HC 105779, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/02/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 21-02-2011 PUBLIC 22-02-2011)

Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que inicie o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07, mas tão somente adequar, afastando qualquer incongruência, a aplicação da pena e do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões *“vedada a conversão em penas restritivas de direitos”*, constante do § 4º do artigo 33, e *“vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”*, constante do artigo 44, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Dessa forma, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

Diante disso, deve ser igualmente concedida a ordem para determinar ao juízo das execuções criminais que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a adequação do regime prisional.

Feitas estas considerações, concedo a ordem, nos termos da motivação acima deduzida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0198321-4

HC 188.757 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20070110141016

EM MESA

JULGADO: 19/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FREDERICO RIBEIRO RAPOSO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ANTONIO MARCOS SILVA SANTOS (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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.