



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.199 - RS (2011/0004711-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADAIR FAGUNDES RIBEIRO
PROCURADOR : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OUTRO(S)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. ORDEM DENEGADA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. 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.

2. É que a natureza da droga e a grande quantidade apreendida atraem 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"*.

3. Condenado o ora paciente por tráfico de 48 (quarenta e oito) pedras de crack, pesando 12,44g, o regime mais adequado é o semiaberto, embora a quantidade de pena (2 ano e 8 meses de reclusão) autorizasse, em tese, o aberto.

4. Assim também, pelo mesmo raciocínio, não se mostra razoável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Ordem denegada. Concedido *habeas corpus* de ofício para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

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: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem, mas, de ofício expediu habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

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

Brasília, 31 de maio de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.199 - RS (2011/0004711-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADAIR FAGUNDES RIBEIRO
PROCURADOR : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de ADAIR FAGUNDES ROBEIRO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n.º 70039318795).

Segundo se colhe, o paciente foi preso em flagrante, em 08.05.2010, e denunciado por trazer consigo, para fins de venda a consumidores, 48 (quarenta e oito) pedras de crack, pesando aproximadamente 12,44 gramas.

Após a regular instrução, sobreveio sentença que condenou o ora paciente à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao disposto no art. 33, *caput*, c/c § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em regime inicial fechado. Eis os trechos da sentença no que interessa (fls. 151/152):

"O réu possui condições de entender o caráter ilícito da sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não registra antecedentes (fl. 45). Conduta social normal. Personalidade sem traços desfavoráveis. Os motivos são próprios da espécie. Circunstâncias e consequências normais. A natureza das substâncias apreendidas (crack) é avaliada em seu desfavor, haja vista o alta grau de adição e letalidade.

Ante o exposto, fixo a pena-base em 05 anos (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Inexistindo agravantes ou atenuantes a serem analisadas. Sendo o agente primário e bons antecedentes, incide a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, na proporção de 1/2, razão pela qual fixo a pena definitiva em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, na falta de outras causas de aumento ou de diminuição.

Como já salientado, nos termos do art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, é inviável a suspensão condicional da pena ou a conversão em pena restritiva de direitos.

O regime inicial será o fechado."

Insatisfeita, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim fundamentado, no que interessa (fls. 201):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Não há como substituir a pena carcerária por restritivas de direitos. Destaco, inicialmente, que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS não tem efeito vinculante, já que foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. Para todos os efeitos, o art. 44 da Lei nº 11.343/06, que veda a substituição, ainda encontra-se em plena vigência.

Ainda que assim não fosse, entendo que no caso dos autos, a medida não é socialmente recomendável, em razão da natureza da droga, da quantidade, e do local em que era comercializada, de grande movimento, no Centro desta Capital, Porto Alegre, atingindo um grande número de usuários.

(...)

O regime de cumprimento da pena carcerária foi adequadamente fixado no inicial fechado."

Alega a impetrante que o *quantum* da pena aplicada ao réu permite a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal, haja vista que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei n. 11.343/2006, que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em crimes de tráfico ilícito de drogas.

Aduz que "o crime não envolve violência ou grave ameaça à pessoa, o réu é primário e não integra organização criminosa, perfeitamente adequada a conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos" (fls. 14/15).

Requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida à fl. 210.

O Ministério Público opinou pela concessão da ordem em parecer de fls. 149/254.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.199 - RS (2011/0004711-8)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. ORDEM DENEGADA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. 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.
2. É que a natureza da droga e a grande quantidade apreendida atraem 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"*.
3. Condenado o ora paciente por tráfico de 48 (quarenta e oito) pedras de crack, pesando 12,44g, o regime mais adequado é o semiaberto, embora a quantidade de pena (2 ano e 8 meses de reclusão) autorizasse, em tese, o aberto.
4. Assim também, pelo mesmo raciocínio, não se mostra razoável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.
5. Ordem denegada. Concedido *habeas corpus* de ofício para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se, na presente impetração, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte)." HC 101291/SP, rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida." (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Assim, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei nº 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Reconhecida a possibilidade de substituição da pena por medidas restritivas de direitos, fica afastada a exigência de fixação do regime fechado para os condenados por tráfico de drogas previsto na Lei nº 11.343/06. Cabe ao Juiz, para estabelecer o regime prisional, avaliar o disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Contudo, na hipótese, embora a pena tenha sido fixada em 2 anos e 8 meses, tenho que o regime aberto e a substituição não satisfazem a resposta penal.

Veja-se que, já na sentença, fez o magistrado registrar a natureza de drogas apreendidas, tanto que fixara a pena-base, naquela ocasião, acima do mínimo legal, nos seguintes termos (151):

"A natureza das substâncias apreendidas (crack) é avaliada em seu desfavor, haja vista o alta grau de adição e letalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, fixo a pena-base em 05 anos (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão."

De igual modo, o Tribunal ao rejeitar a substituição da pena assim asseverou (fl. 201):

"Não há como substituir a pena carcerária por restritivas de direitos. (...) entendo que no caso dos autos, a medida não é socialmente recomendável, em razão da natureza da droga, da quantidade, e do local em que era comercializada, de grande movimento, no Centro desta Capital, Porto Alegre, atingindo um grande número de usuários."

De fato, determinando o art. 42 da Lei nº 11.343/2006 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"*, o regime que se mostra razoável, na espécie, é o semiaberto, ainda que o *quantum* da pena, em tese, autorize o aberto, haja vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (48 pedras de crack) raciocínio que também se aplica à pretendida substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em caso análogo, fixei:

PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. ART. 40, III DA LEI Nº 11.343/2006. IMEDIAÇÕES DE RODOVIÁRIA. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SEMIABERTO. INCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA E SURSIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (quase duzentos gramas de crack), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme, inclusive, os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. A causa especial de aumento do art. 40, III da mesma Lei somente tem aplicação quando o tráfico ocorra em uma das situações específicas previstas, não admitindo analogia, pois trata-se de norma penal incriminadora, informada pela legalidade estrita.

3. Em razão da desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, legitima-se a imposição de regime inicial mais gravoso (semiaberto), bem como a negativa da substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e também do *sursis*. Precedentes.

4. Ordem concedida em parte para, afastando a causa especial de aumento do art. 40, III da Lei nº 11.343/2006, fixar a pena final em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, e impor também o regime inicial semiaberto, mantida no mais a condenação.

(HC 135.889/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, denego a ordem. Contudo, concedo *habeas corpus*, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0004711-8

HC 194.199 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 121000417458 21000417458 70039318795

EM MESA

JULGADO: 31/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADAIR FAGUNDES RIBEIRO
PROCURADOR : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OUTRO(S)

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, mas, de ofício expediu habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

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