



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.015 - SP (2011/0070085-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : GUILHERME AUGUSTO CAMPOS BEDIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO JESUS DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. REGIME INICIAL FECHADO. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DO STF E STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no arts. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque foi flagrado trazendo consigo, para fins de difusão ilícita, 149g de maconha, acondicionados em 93 involúcros.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. 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 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ.

3. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e do regime aberto de cumprimento de pena.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 23 de agosto de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.015 - SP (2011/0070085-0)

IMPETRANTE : GUILHERME AUGUSTO CAMPOS BEDIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO JESUS DOS SANTOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de TIAGO JESUS DOS SANTOS, condenado à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no crime de tráfico de drogas, contra acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustenta o Impetrante que, diante da aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo, o Paciente, primário e de bons antecedentes, faz jus ao regime prisional aberto e à substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Afirma, para tanto, que a obrigatoriedade do regime mais gravoso infringe os princípios da razoabilidade da proporcionalidade e a "*vedação inserta no art. 44 da Lei n.º 11.34/06 é flagrantemente inconstitucional, uma vez que ofende os princípios da isonomia e da individualização da pena*" (fl. 06).

Busca, assim, liminarmente e no mérito, a concessão dos benefícios.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 29/30.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 35/54, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 59/63, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.015 - SP (2011/0070085-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. REGIME INICIAL FECHADO. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DO STF E STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no arts. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque foi flagrado trazendo consigo, para fins de difusão ilícita, 149g de maconha, acondicionados em 93 involúcros.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. 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 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ.

3. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e do regime aberto de cumprimento de pena.

VOTO

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

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo Paciente, manteve a sentença condenatória que aplicou a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/07 e reduziu a pena no patamar máximo de 2/3 (fl. 75).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pretende a Impetrante, repita-se, que seja modificado o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Quanto ao alegado direito à substituição da reprimenda corporal, 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 convalidação em causa, na concreta situação do paciente" (HC 97.256/RS, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Por conseguinte, esta Corte passou a decidir na mesma esteira:

"PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO. PENA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Diante do quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal.

2. **"A vedação da substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 conflita com o princípio da individualização - Habeas Corpus nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apreciado no Plenário, com julgamento finalizado em 1º de setembro de 2010" (HC-101.205, STF, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe de 8/10/2010.)**

3. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 121.111/SP, SEXTA TURMA, Rel. Ministro CELSO LIMONGI – Desembargador convocado do TJ/SP, DJe de 17/12/2010; sem grifo no original.)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO NA NOVA LEI DE DROGAS. INTEGRALIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS. HC N.º 97.257/RS. AUSÊNCIA DE CÔMPUTO DA MAJORANTE. OMISSÃO VERIFICADA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que a nova Lei de Tóxicos pode ser aplicada aos delitos de tráfico ilícito de drogas cometidos sob a égide do antigo diploma legal, desde que na sua integralidade.

2. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Reconhecidas tais circunstâncias, é imperiosa a aplicação da aludida minorante.

3. Na hipótese, preenchidos os requisitos legais, deve ser aplicada a causa de diminuição no seu patamar máximo (2/3), conforme já afirmado no acórdão ora embargado, levando-se em consideração que foram apreendidos 13,22 g (treze gramas e vinte e dois decigramas) de "maconha".

4. O Paciente foi condenado, como incurso no art. 12, caput, c.c. o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, tendo sido mantida a majorante no art. 40, inciso III, da nova Lei de Drogas. Desse modo, faz-se necessário o cômputo dessa causa de aumento na pena reformada pelo acórdão embargado.

5. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06.**

6. Assim, no caso em apreço, levando-se em conta a nova orientação perfilhada no Pretório Excelso, deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos fixados pela Corte de origem.

7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, nos termos explicitados." (EDcl no HC 122.269/MG, QUINTA TURMA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 22/11/2010; sem grifo no original.)

No que diz respeito ao regime de cumprimento da pena – 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 –, a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do referido HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, impõe-se, neste caso, a adequação também do regime, a fim de que sejam observados os 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.

Nesse sentido, já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

"Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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/SP, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 21/02/2011.)

E também este Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 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 PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, 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, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

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. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS 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 à adequação do regime prisional.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 196.199/RS, QUINTA TURMA, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 14/04/2011.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre reprisar a advertência oportunamente levantada pelo eminente Ministro Gilson Dipp, por ocasião do julgamento acima referido:

"Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que se inicie o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07, mas tão somente de 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 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 “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.

Desta 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."

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e do regime aberto de cumprimento de pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0070085-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 202.015 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15932009 50090816528 990103433947

EM MESA

JULGADO: 23/08/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUILHERME AUGUSTO CAMPOS BEDIN - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : TIAGO JESUS 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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.