



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.933 - DF (2010/0162062-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : LUÍS CLÁUDIO VAREJÃO DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ELIZÂNGELA FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. MODO INTERMEDIÁRIO QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

2. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, ante o *quantum* de pena aplicado e considerando as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

3. Na espécie, mostra-se devida a imposição do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e 3º, do Código Penal, haja vista o *quantum* de pena definitivamente irrogado à paciente, o fato de ter sido beneficiada com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e a não elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder (duas pedras de *crack*, uma com 3,63 g e outra com 2,34 g), sendo certo que a natureza da substância entorpecente, dotada de alto poder viciante, e a fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto impedem, por sua vez, a fixação do modo mais brando de execução.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Ordem parcialmente concedida para fixar à paciente o regime inicial semiaberto de execução e para afastar a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, determinando-se ao Juízo das Execuções que analise o eventual preenchimento, pela paciente, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da substituição pretendida.

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, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 12 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.933 - DF (2010/0162062-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Elizângela Ferreira**, apontando como autoridade coatora a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que denegou o HC n. 2010.00.2.012408-0, mantendo a sentença que condenou a paciente à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que deveria ser realizada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ressaltando que o Supremo Tribunal Federal teria declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à concessão do benefício, prevista no art. 44 da Lei de Drogas.

Destaca que a paciente preenche todos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, visto que, além de lhe terem sido consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, é primária, possui bons antecedentes e não foi condenada à pena superior a 4 anos de reclusão.

Da mesma forma, argumenta que deveria ser fixado à paciente o regime aberto de execução, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena.

Requer a concessão da ordem para que a sanção privativa de liberdade seja substituída por restritivas de direitos e para que seja fixado à paciente o regime aberto de cumprimento de pena.

Dispensado o pedido de informações à autoridade tida como coatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.933 - DF (2010/0162062-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Da análise dos autos, verifica-se que a paciente foi condenada à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 15/1/2010, entregou para Durval Arguelles Souza, com fins de difusão ilícita, uma porção da substância entorpecente conhecida como *crack*, com massa bruta de **3,63 g** (três gramas e sessenta e três centigramas), sendo certo que ainda trazia consigo, também para fins de difusão ilícita, uma porção de *crack* com massa bruta de **2,34 g** (dois gramas e trinta e quatro centigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fl. 21).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem, tendo a ordem sido denegada, mantendo-se, na íntegra, o édito condenatório.

Inicialmente, cumpre salientar que, em consulta processual realizada à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, verifica-se que a paciente ainda não cumpriu a reprimenda que lhe foi imposta nos autos da ação penal objeto do presente *writ*, razão pela qual torna-se viável o conhecimento do *habeas corpus*.

Passo, pois, à análise do mérito.

No que tange ao regime de cumprimento de pena fixado à paciente, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo inicialmente mais gravoso, *com fundamento no artigo 33, § 2º, letra 'a', do Código Penal, acrescido dos rigores inovados pela Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990) – fl. 30.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte de origem, por sua vez, manteve inalterada a fixação do regime inicial fechado, sob o argumento de que, *considerando tratar-se de condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, cometido em 15/01/2010, o regime inicial de cumprimento de pena estabelecido [...] decorreu de expressa previsão legal, nos termos do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990* (fl. 55).

Dos trechos anteriormente transcritos, observa-se que foi fixado à paciente o regime inicial fechado com base tão somente no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

Por oportuno, transcreve-se o mencionado dispositivo legal:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Deveras, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 82.959/SP, teve a oportunidade de declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava que os condenados pela prática de crimes hediondos ou a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Na ocasião, ficou assentado que esse dispositivo legal violava o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

Na oportunidade, acentuou o Ministro Gilmar Mendes que *o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não restringe à simples fixação da pena in abstracto, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização*.

Assim, atento à evolução jurisprudencial, o legislador pátrio, em 28/3/2007, editou a Lei n. 11.464, que, dentre as alterações promovidas na Lei dos Crimes Hediondos, determinou que a pena fosse agora cumprida no regime **inicialmente** fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A despeito das modificações preconizadas pela Lei n. 11.464/2007, persistiram os debates no sentido de que a aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos, alheia às peculiaridades do caso concreto, acarretaria incontestável ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena e, também, ao da proporcionalidade. Isso porque estaria a impor ao condenado, independentemente da pena aplicada ou das nuances do caso concreto, que iniciasse o cumprimento da reprimenda no regime mais gravoso.

Nesse contexto, a Sexta Turma deste Superior Tribunal, na esteira de inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, adotou o entendimento segundo o qual, **ante o *quantum* de pena aplicado e considerando as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.**

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N.º 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

1. Com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve se iniciar no regime mais gravoso.

2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

[...]

5. Ordem parcialmente concedida, tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

(HC n. 168.432/MS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 5/10/2011)

No mesmo norte, colaciona-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal:

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. 101.291/SP, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 12/2/2010).

Assim, mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

E, na espécie dos autos, mostra-se devida a imposição do **regime inicial semiaberto**, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e 3º, do Código Penal, haja vista o *quantum* de pena definitivamente irrogado à paciente, o fato de ter sido beneficiada com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e a não elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder (duas pedras de *crack*, uma com 3,63 g e outra com 2,34 g), sendo certo que a natureza da substância entorpecente (*crack*), dotada de alto poder viciante, e a fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto (fl. 30) impedem, por sua vez, a fixação do modo mais brando de execução.

No que se refere à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o Juiz sentenciante entendeu inviável proceder-se à almejada permuta, pelas razões a seguir aduzidas (fl. 31):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O *quantum* da pena fixada, embora não impeça teoricamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, encontra óbice intransponível no art. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Sobre a vedação à conversão em restritiva de direitos e sobre o regime inicial fechado, o Supremo Tribunal Federal fixou, incidentalmente, a sua recente constitucionalidade.

[...]

O Tribunal impetrado, por seu turno, manteve a negativa de substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos pelos seguintes argumentos (fl. 55):

Não se afigura, nessa via estreita, manifesta ilegalidade na sentença condenatória, pois, considerando tratar-se de condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, cometido em 15/01/2010, [...] a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito decorreu de expressa previsão legal, nos termos do disposto [...] no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006 [...]

Certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo.

Para melhor análise da questão *sub examine*, transcreve-se, por oportuno, o seguinte trecho, extraído do Informativo n. 598/STF:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente *habeas corpus* e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de *writ*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas ("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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos.”). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional – v. Informativos 560, 579 e 597.

Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convolação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas.

Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o *habeas corpus*.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões constantes dos arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei n. 11.343/2006 pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Mas, para a substituição da sanção privativa de liberdade por penas alternativas, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da benesse, previstos no art. 44 do Código Penal, que estabelece que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Nesse sentido, a ordem deve ser parcialmente concedida nesse ponto, apenas para afastar a vedação contida nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar o **eventual** preenchimento, pela paciente, dos requisitos objetivos e subjetivos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessários à concessão da referida substituição, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem, para fixar à paciente o regime inicial semiaberto de execução e para afastar a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, determinando ao Juízo das Execuções que analise o eventual preenchimento, pela paciente, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da substituição pretendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0162062-2

HC 183.933 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100020124080 2010011048318

EM MESA

JULGADO: 12/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: LUÍS CLÁUDIO VAREJÃO DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: ELIZÂNGELA FERREIRA

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, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

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