



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.450 - SP (2010/0210695-9)

RELATOR : MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/CE)
IMPETRANTE : MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO CAMPOS DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS NºS 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CASO CONCRETO. INVIABILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do **quantum** de pena aplicado e das circunstâncias do delito, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte.

2. No caso, muito embora a quantidade de pena aplicada ao paciente - 1 ano e 8 meses de reclusão - não supere os 4 anos, e ainda que reconhecida a sua primariedade, mostra-se razoável a fixação do regime intermediário, diga-se, o semiaberto, para cumprimento da sanção corporal, levando-se em conta a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 7,8 gramas de maconha, distribuídos em 5 trouxinhas, 21 gramas de crack, distribuídos em 100 invólucros plásticos, e 8,9 gramas de cocaína, distribuídos em 8 invólucros plásticos. 3. Desde o julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas. Entretanto, na hipótese em apreço, pelos mesmos motivos acima elencados - quantidade e variedade da droga - não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por não se mostrar suficiente, nos termos do art. 44, inc. III, do Código Penal.

4. **Habeas corpus** concedido em parte apenas para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília (DF), 14 de abril de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.450 - SP (2010/0210695-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Marcelo Campos de Souza, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente, surpreendido ao trazer consigo 7,8 gramas de maconha, distribuídos em 5 trouxinhas, 21 gramas de crack, distribuídos em cem invólucros plásticos, e 8,9 gramas de cocaína, distribuídos em 8 invólucros plásticos, foi condenado como incurso no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime fechado, e 166 dias-multa, havendo o Tribunal de origem, em sede de apelação, mantido integralmente a sentença condenatória.

Busca a impetração a fixação do regime aberto para o desconto da reprimenda, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 46/48), opinou pela parcial concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.450 - SP (2010/0210695-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): Tenho, realmente, que a ordem merece parcial concessão.

O magistrado, ao fixar a pena do paciente, assim se manifestou, no que interessa:

"Passo, assim, a dosar a pena, com fulcro nos artigos 59 e 68 do Código Penal. O acusado é primário e menor de 21 anos e não ostenta antecedentes criminais demonstrados nos autos. Apreciando, assim, os parâmetros legais ditados pelo art. 59 do Código Penal, não vislumbrando causa legal para exasperação, fixo a pena-base no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Considerando ainda a especial causa de diminuição da pena prevista no parágrafo 4º do art. 33, tratando-se de acusado primário e com relação a quem não foi demonstrado dedicar-se a atividade criminosa organizada, impõe-se a à ausência de demais parâmetros, a redução máxima legal, totalizando, assim, a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Vedada a substituição por pena restritiva de direitos, o regime inicial que se impõe é o fechado, em se tratando de crime equiparado a hediondo." (fls. 15/16)

Como visto, as instâncias ordinárias estabeleceram o regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda corporal apenas por considerar que o tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo, está sujeito à vedação legal constante da Lei nº 8.072/90, bem como consideraram incabível a substituição da pena por medidas restritivas de direitos, ante o óbice contido no art. 44 da Lei nº 11.343/06.

Entretanto, considerando a quantidade de pena aplicada - 1 ano e 8 meses de reclusão -, reconhecida a primariedade do réu e fixada a pena-base no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, como no caso, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja cumprida no regime aberto, visto que não supera 4 anos, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, eis que alheia às particularidades do caso concreto, consoante vem sendo decidido pela Sexta Turma desta Corte.

São os nossos precedentes:

A - "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI N.º 11.343/06. 1. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. RÉU PRIMÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, NEM QUE SE DEDIQUE À ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INCIDÊNCIA. 3. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não obstante o colegiado do Tribunal de origem não ter examinando a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior. Precedentes.

2. Em sendo o acusado primário, sem antecedentes desabonadores, e não se comprovando qualquer participação do paciente em organização criminosa ou de sua dedicação à atividade criminosa, é de ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

3. 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.

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a incidência da causa de diminuição, reduzindo a pena aplicada, e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Mantida as demais cominações estipuladas no acórdão." (HC nº 154.570/RS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 10/5/2010)

B - "HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL À RECUPERAÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando a Lei nº 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena

inferior a 2 (dois) anos.

2. **Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea 'c', deve ser o aberto.**

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva."

(HC nº 128.889/DF, Relator o Desembargador convocado **CELSO LIMONGI**, DJe de 5/10/2009)

De outro giro, muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, a partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, de Relatoria do Ministro Nilson Naves, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova de Drogas. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC 149.807/SP, da relatoria do Ministro Og Fernandes, DJe de 20/9/2010, que traz a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS, RECONHECIMENTO DE PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. ADEQUAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. NECESSIDADE.

1. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

2. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do processo por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.

3. A aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos, alheia às peculiaridades do caso concreto, acarretaria inafastável ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo.

4. Se o dispositivo legal responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – que iniciem a expiação no regime mais gravoso.

*5. É certo que num momento anterior, quando da apreciação da Arguição de Inconstitucionalidade no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, a Corte Especial, majoritariamente, afastou a possibilidade do deferimento do benefício da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas na vigência da Lei nº 11.343/06.*

*6. Contudo, a partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente.*

7. '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' (STF, HC 102.678/MG, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 23.4.2010).

8. Considerando a quantidade de pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão; a primariedade e os bons antecedentes; e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é devido o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e também a substituição da sanção corporal por duas medidas restritivas de direitos.

9. Na aplicação da pena de multa, deve-se guardar proporção com a privativa de liberdade.

10. Na hipótese, após a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o Tribunal de origem reduziu a reprimenda em 2/3 (dois terços), diminuindo a pena pecuniária em apenas 1/3 (um terço).

11. Ordem concedida para, de um lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana; de outro lado, redimensionar a pena pecuniária, de 332 (trezentos e trinta e dois) para 166 (cento e sessenta e seis)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções."

Ademais, no julgamento do HC nº 97.256/RS, realizado na sessão Plenária do dia 1º de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu que são inconstitucionais dispositivos da Nova Lei de Drogas que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas.

No caso em apreço, porém, levando em conta as circunstâncias em que o delito foi praticado - notadamente a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, diga-se, 7,8 gramas de maconha, distribuídos em 5 trouxinhas, 21 gramas de crack, distribuídos em 100 invólucros plásticos, e 8,9 gramas de cocaína, distribuídos em 8 invólucros plásticos -, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por não se mostrar suficiente, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Nesse sentido:

A - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. INVIABILIDADE.

1. Reconhecidas a primariedade e os bons antecedentes do paciente, condenado a pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, é viável a imposição de regime mais brando que o fechado, mesmo em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes.

2. A quantidade de droga - 204 frascos de 'lança-perfume' apreendidos - inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. Ordem parcialmente concedida a fim de estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da privativa de liberdade." (HC nº 142.910/RS, Relator o Ministro **OG FERNANDES, DJe de 21/3/2011.)**

B - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. INVIABILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 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 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.

2. Na espécie é aplicável o regime aberto, por se tratar de réu primário, cujas circunstâncias judiciais são favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal de cinco anos de reclusão, e fixada, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Antidrogas, resultando a sanção corporal em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

3. Mesma sorte não assiste à impetração quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque a quantidade de droga apreendida – 70 (setenta) pedras de crack – não recomenda o benefício, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

4. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente." (HC nº 181.057/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 17/12/2010.)

Diante do exposto, concedo em parte o **habeas corpus** apenas para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.450 - SP (2010/0210695-9)

RELATOR : **MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**
IMPETRANTE : **MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **MARCELO CAMPOS DE SOUZA**

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Após as considerações trazidas pela eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, retifico parte do meu voto, no que diz respeito ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Com efeito, por uma questão de coerência, muito embora a quantidade de pena aplicada ao paciente - 1 ano e 8 meses de reclusão - não supere os 4 anos, e ainda que reconhecida a sua primariedade, mostra-se razoável a fixação do regime intermediário, diga-se, o semiaberto, para cumprimento da sanção corporal, levando-se em conta a quantidade e a variedade das drogas apreendidas: 7,8 gramas de maconha, distribuídos em 5 trouxinhas; 21 gramas de crack, distribuídos em 100 invólucros plásticos; e 8,9 gramas de cocaína, distribuídos em 8 invólucros plásticos.

Ante o exposto, concedo em parte o **habeas corpus**, apenas para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0210695-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 190.450 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50090385985 8302009 990100138090

EM MESA

JULGADO: 14/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO CAMPOS DE SOUZA

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."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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