



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.497 - SP (2010/0033396-0)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : **MARIANA DALLA BERNARDINA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **SANDRO JOSÉ DE OLIVEIRA (PRESO)**

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. GRANDE VARIEDADE DE DROGAS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

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 apreendida grande variedade de drogas que atrai 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 53 (cinquenta e três) invólucros de plástico com maconha, pesando 53g; 27 (vinte e sete) invólucros de plástico com cocaína, pesando 12,5g; e 24 (vinte e quatro) pedras de crack, pesando 2,2g, o regime mais adequado é o semiaberto, embora a quantidade de pena (1 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 concedida em parte, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

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, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília, 22 de março de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.497 - SP (2010/0033396-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIANA DALLA BERNARDINA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANDRO JOSÉ DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensora Pública em favor de SANDRO JOSÉ DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (apelação criminal n.º 990.09.158860-1).

Segundo se colhe, o paciente foi preso em flagrante, em 08.12.2008, e denunciado por portar: 53 (cinquenta e três) invólucros de plástico com maconha, pesando 53g; 27 (vinte e sete) invólucros de plástico com cocaína, pesando 12,5g; e 24 (vinte e quatro) pedras de crack, pesando 2,2g.

Após a regular instrução, sobreveio sentença que condenou o ora paciente à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) 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. 14/15):

"Sandro José de Oliveira faz jus à redução da pena, mas no patamar médio, cinco doze avos (5/12), por conta da variedade da droga apreendida, maconha, cocaína e crack, e da apreensão de dinheiro em seu poder, o que revela que já havia comercializado entorpecentes antes mesmo de ser preso. (...) Considerando a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos, com fundamento no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, fixo a pena base em 1/12 (um doze avos) acima do mínimo legal. Por ser menor de 21 (vinte e um) anos, já que nascido em 16 de março de 1990 (fls. 18), reduzo ao patamar mínimo. Por último, diminuo-a de 5/12 (cinco doze avos), tornando-a definitiva a mingua dos elementos modificadores. (...) fixo o regime fechado para o início de cumprimento da pena corporal, pois é o único que mostra adequado ao crime gravíssimo praticado pelo acusado, delito esse aliás equiparado a hediondo (Lei n.º 8.072/90, art. 2º, §1º). Além disso, o acusado não faz jus a qualquer outra benesse legal (substituição da pena corporal, *susis* etc.), pois a natureza do delito de tráfico, equiparado a hediondo, é nitidamente incompatível com tais benefícios, tanto o *caput* do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 veda expressamente a sua concessão, vedação essa longe de ser considerada inconstitucional tendo em vista a hediondez da conduta."

Insatisfeita, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o tribunal de origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deu parcial provimento para reduzir a pena ao patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em acórdão assim fundamentado, no que interessa (fls. 30/31):

6. O exame da prova reunida no processo revela que a condenação decretada em primeiro grau deve ser modificada parcialmente para ajustamento da pena. O conjunto probatório contém dados suficientes a indicar a realidade material, certeza da autoria e a responsabilidade criminal do agente pelo fato criminoso descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. Com efeito, as testemunhas confirmaram plenamente a diligência de apreensão do material psicoativo em poder do imputado, informando que sua destinação era o comércio clandestino, em razão da sua variedade e quantidade.

(...)

7. O cálculo de pena merece modificação. Fixam a pena na margem mínima de cinco anos de reclusão e 500 diárias.

Em seguida, aplicam o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, como a sentença, mas na fração de 2/3, porque não estão presentes as condições especificadas no mencionado dispositivo legal, reduzindo as sanções para um ano e oito meses de reclusão e 166 dias-multa.

8. O impedimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é inconstitucional, pois o legislador considerou que essa operação tornaria a pena insuficiente à reprovabilidade do crime descrito no art. 33 da lei 11.343/2006.

Alega a impetrante que o tribunal de origem, embora tenha reduzido a pena imposta ao paciente, manteve o regime inicial fixado pela sentença e negou a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, configurando-se o constrangimento ilegal.

Argumenta que o *quantum* da pena imposta ao paciente e sua primariedade permitem a fixação do regime inicial aberto, bem como sua substituição, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.

Requer, liminarmente, que o paciente seja inserido no regime aberto até o julgamento final deste *writ*. No mérito, pleiteia a fixação em definitivo do regime aberto para início do cumprimento da pena, bem como sua substituição por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 25/26.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 57/60).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.497 - SP (2010/0033396-0)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. GRANDE VARIEDADE DE DROGAS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

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 apreendida grande variedade de drogas que atrai 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 53 (cinquenta e três) invólucros de plástico com maconha, pesando 53g; 27 (vinte e sete) invólucros de plástico com cocaína, pesando 12,5g; e 24 (vinte e quatro) pedras de crack, pesando 2,2g, o regime mais adequado é o semiaberto, embora a quantidade de pena (1 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 concedida em parte, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Busca-se, na presente impetração, a fixação do regime aberto para início do cumprimento da pena, bem como sua substituição por restritiva de direitos.

Convém tecer algumas considerações.

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 imposta - 3 anos -, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, tenho que o regime aberto e a substituição não satisfazem a resposta penal.

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

"*Considerando a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos, com fundamento no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, fixo a pena base em 1/12 (um doze avos) acima do mínimo legal*" (fl. 14).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, determinando o art. 42 da Lei nº 11343/2006 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, 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)

Ante o exposto, concedo em parte a ordem, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0033396-0

HC 163.497 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 17442008 500809521305 990091588601

EM MESA

JULGADO: 22/03/2011

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. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIANA DALLA BERNARDINA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANDRO JOSÉ DE OLIVEIRA (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 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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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