



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.389 - SP (2011/0097551-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GABRIELA FONSECA DE LIMA E OUTROS
ADVOGADO : GABRIELA FONSECA DE LIMA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNER HENRIQUE DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. SANÇÃO SUBSTITUÍDA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível, mesmo em crime de tráfico de drogas, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime diverso do fechado, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
2. Fixada a pena-base do paciente no mínimo legal, com diminuição no patamar máximo pela aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e tendo inclusive sido substituída a pena por medidas restritivas de direitos, não se mostra razoável manter o regime prisional fechado, devendo ser fixado o aberto.
3. Ordem concedida para fixar o regime aberto, mantida a substituição operada pelo Tribunal de origem.

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 a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília, 27 de março de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.389 - SP (2011/0097551-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GABRIELA FONSECA DE LIMA E OUTROS
ADVOGADO : GABRIELA FONSECA DE LIMA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNER HENRIQUE DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de VAGNER HENRIQUE DOS SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0370979-65.2010.8.26.0000).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 180 dias-multa. Constou da sentença (fls. 23/24):

Passo a dosar a pena do réu VAGNER, apenas no tocante ao artigo 33, da lei 11343/06.

Atendendo ao disposto nos artigos 42, da Lei 11343/06 e 59 do Código Penal, em razão da primariedade e ausência de antecedentes do réu, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa, esses no mínimo legal, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Não há agravantes, atenuantes ou causas de aumento a se aplicar. Deixo de atenuar pela menoridade relativa por já estar a pena no piso legal.

Cabível, na espécie, a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da lei 11343/06. O réu preenche os requisitos legais (ao menos não há prova do contrário). Diminuo do máximo por não haver elemento que sugira diversamente, trazendo a pena para 01 ANO E 08 MESES DE RECLUSÃO E 180 DIAS-MULTA, cada um desses no mínimo legal, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Torno a reprimenda definitiva.

O crime em comento é equiparado a hediondo e, por essa razão, o réu cumprirá sua pena em regime inicial FECHADO.

Pela previsão do §4º, do artigo 33, e do artigo 44, ambos da lei 11343/06, é vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a concessão de sursis.

O Tribunal de origem, em sede de apelação, deu parcial provimento ao recurso da Defesa para corrigir a pena de multa para 166 dias-multa, bem como substituir a pena corporal por medidas restritivas de direitos, mantendo os demais termos da sentença. Tira-se do acórdão (fls. 12/13):

Em razão do *quantum* da reprimenda aplicada e em face dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (...), passo a adotar posicionamento no sentido de que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena e estabelecimento de duas penas substitutivas, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da condenação, a ser definida pelo Juízo da Execução e prestação pecuniária no valor de 01 salário mínimo.

O regime inicial foi estabelecido corretamente, conforme determina o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redução que lhe foi dada pela Lei 11.464/07, que não alterou a natureza de crime hediondo do tráfico de entorpecente, nada havendo a ser modificado nesse aspecto.

Daí o presente *mandamus*, no qual os impetrantes sustentam ser incoerente fixar o regime fechado para o início do desconto da pena e substituí-la por medidas restritivas de direitos.

Defendem que, "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" (fl. 3).

Ressaltam ser perfeitamente cabível o regime aberto, pois a pena-base foi estabelecida no mínimo legal e a sanção é de 1 ano e 8 meses.

Asseveram que o paciente já cumpriu quase 7 meses de pena, não se justificando o regime fechado fixado. Aduzem ser necessária a expedição de contramandado de prisão, eis que o paciente, em liberdade desde 24.09.09, compareceu em juízo todas as vezes que foi chamado.

Esclarecem que o paciente estava em liberdade por força da liminar deferida nos autos do HC nº 139.518/SP. Contudo, a liminar foi cassada, negando-se seguimento ao *writ*, em razão da notícia de extinção da punibilidade, e pelo fato de a Defesa ter perdido o prazo para manifestar-se sobre o interesse no prosseguimento do feito. Notícia que a informação de extinção da punibilidade constante da página eletrônica é equivocada.

Pugnam pela alteração do regime prisional, do fechado para o aberto.

A liminar foi indeferida às fls. 28/29.

Foram prestadas informações às fls. 35/164 e 165/218.

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem (fls. 221/227).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.389 - SP (2011/0097551-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. SANÇÃO SUBSTITUÍDA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível, mesmo em crime de tráfico de drogas, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime diverso do fechado, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
2. Fixada a pena-base do paciente no mínimo legal, com diminuição no patamar máximo pela aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e tendo inclusive sido substituída a pena por medidas restritivas de direitos, não se mostra razoável manter o regime prisional fechado, devendo ser fixado o aberto.
3. Ordem concedida para fixar o regime aberto, mantida a substituição operada pelo Tribunal de origem.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Busca-se a fixação do regime aberto ao paciente, cuja reprimenda foi substituída por medidas restritivas de direitos.

Convém esclarecer, inicialmente, que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 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 artigo 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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE RÉGIME 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)

Dessarte, 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 n.º 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 n.º 11.343/06. Cabe ao Juiz, para estabelecer o regime prisional, avaliar o disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem, embora tenha substituído a pena do paciente, manteve o regime fechado, apenas em razão do contido no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, determinação, como visto, já afastada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, considerando que a pena-base do paciente foi fixada no mínimo legal, com diminuição no patamar máximo pela aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e tendo inclusive sido substituída a sanção por medidas restritivas de direitos, não se mostra razoável manter o regime prisional fechado, devendo ser fixado o aberto.

Sobre o tema, confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO RÉGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006 NÃO APLICADA. REPRIMENDA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACIMA DE 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA NÃO REALIZADA. ORDEM DENEGADA.

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 sanção corporal por medida restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. II.

II. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastada a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

III. Não sendo possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há que se falar em fixação de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei n.º 11.464/2007 (Precedente).

IV. O artigo 33 do Código Penal estabelece que na fixação do regime prisional, o julgador deverá levar em conta as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do mesmo diploma legal, permitindo, desde que fundamentadamente, a fixação de regime mais rigoroso do recomendável pelo quantum da pena.

V. Tratando-se de réu que ostenta maus antecedentes, cuja pena-base foi majorada acima do mínimo legal, não há que se falar em constrangimento ilegal em decorrência da imposição de regime mais gravoso para o desconto da pena corporal.

VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(HC 225.590/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 08/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA, NA HIPÓTESE, DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006, EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO PRETÓRIO EXCELSO. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente condenado à pena 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime fechado, e 416 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 25/09/2009, com 57,6g de maconha, acondicionados em 12 invólucros, 51,1g de cocaína, divididas em 35 papелotes, e 38 pedras de crack, além da importância de R\$ 121,00.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Tóxicos.

3. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a certa quantidade da droga apreendida - 57,6g de maconha, acondicionados em 12 invólucros, 51,1g de cocaína, divididas em 35 papérolas, e 38 pedras de crack -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo.

4. 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 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

5. Na hipótese dos autos, contudo, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da quantidade da droga apreendida, motivo pelo qual deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

6. Ordem denegada.

(HC 224.548/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 15/03/2012)

PENAL. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. DELITO PRATICADO NAS PROXIMIDADES DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE, APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

1. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico. Precedentes.

2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime diverso do fechado, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 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".

4. Condenado o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, por tráfico de 12 pinos plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 9,5 g; 4 porções de maconha prensada, com peso líquido de 6,4 g; e 2 cigarros de maconha, com peso líquido de 0,8 g, nas proximidades de 2 estabelecimentos de ensino, não se mostra razoável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tampouco o regime aberto.

5. Ordem concedida, em parte, ratificada a liminar, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 209.237/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para, nos autos da Ação Penal nº 430/09, da 21ª Vara Criminal da Capital de São Paulo, fixar o regime aberto, mantida a substituição por medidas restritivas de direitos operada pelo Tribunal de origem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0097551-4

HC 205.389 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3709796520108260000 4302009 50090129245 990103709799

EM MESA

JULGADO: 27/03/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIELA FONSECA DE LIMA E OUTROS
ADVOGADO : GABRIELA FONSECA DE LIMA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNER HENRIQUE 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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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

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