



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.849 - SP (2011/0262949-6)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DENILSON BAPTISTA TONON E OUTRO
ADVOGADO : BERNARDO LOPES CALDAS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENILSON BAPTISTA TONON
PACIENTE : ROBSON PINHEIRO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CABIMENTO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não obstante seja previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, o certo é que a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

2. Reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, quando a pena aplicada for inferior a 4 anos de reclusão, é razoável a adequação do regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena. Precedentes.

3. No caso, embora verificada a primariedade dos pacientes, bem como o fato de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, com posterior aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar máximo, o regime menos rigoroso não se mostra adequado, de acordo com o contido que preceitua o art. 42 da Lei de Tóxicos. Dessa forma, levando em consideração a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, elementos esses que preponderam sobre o previsto no art. 59 do Código Penal (art. 42 da Lei nº 11.343/06), o regime intermediário é o mais apropriado para a hipótese.

4. Habeas corpus parcialmente concedido para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta aos pacientes, determinando, ainda, ao Tribunal de origem, que aprecie livremente a possibilidade de substituição da pena, afastado o óbice legal previsto no art. 44 da Lei de Drogas.

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 08 de maio de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.849 - SP (2011/0262949-6)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Denilson Baptista Tonon e Robson Pinheiro da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

No presente **writ**, postula o impetrante a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, imposta aos pacientes pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei 11.343/2006, visto que, na oportunidade, foi fixado o regime fechado para início de desconto da reprimenda com base apenas no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990.

Pugna, ainda, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Prestadas as informações, o douto Ministério Público Federal, ao manifestar-se (fls. 107/109), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.849 - SP (2011/0262949-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

No presente **mandamus**, busca-se, como visto, a fixação do regime aberto para início de cumprimento da reprimenda privativa de liberdade imposta aos pacientes, bem como sua substituição por restritivas de direitos.

Tenho que a ordem comporta parcial concessão.

As instâncias ordinárias impuseram o regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda apenas por considerar que o tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo, está sujeito à vedação legal constante da Lei nº 8.072/1990.

Todavia, nada obstante seja previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, o certo é que a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, quando a pena aplicada for inferior a 4 anos de reclusão, entendo ser razoável a adequação do regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena, na forma dos precedentes deste Tribunal.

No caso, embora reconheça a primariedade dos pacientes, bem como o fato de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, com posterior aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar máximo de 2/3, entendo que o regime menos rigoroso não se mostra adequado, nos termos do que preceitua o art. 42 da Lei de Tóxicos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, levando em consideração a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos (24,8g de maconha e 9,0g de cocaína), elementos esses que preponderam sobre o previsto no art. 59 do Código Penal (art. 42 da Lei nº 11.343/06), considero o regime intermediário o mais apropriado para a hipótese.

Em caso análogo, esta Corte Superior assim decidiu:

A - PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO SUPERADA PELO STF. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM FRAÇÃO MÁXIMA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE (ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006). FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

1. Apesar de o magistrado singular ter fixado a pena-base do paciente no mínimo legal e o Tribunal de origem ter aplicado a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar máximo, o regime inicial de cumprimento da pena fixado foi o mais rigoroso e não se possibilitou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. A vedação à substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos foi recentemente superada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 na parte que veda a concessão do benefício (HC n. 97.256/RS, Ministro Ayres Britto, DJe 16/12/2010). A Corte Suprema tem superado, também, a obrigatoriedade de cumprimento da pena por tráfico em regime inicial fechado quando ausentes os requisitos que impõem o regime mais rigoroso. Esta Sexta Turma tem decidido no mesmo sentido.

3. A verificação do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos demandam a verificação da quantidade e natureza da droga apreendida em poder do acusado (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

4. Esta Turma tem firmado a orientação de que a diversidade ou a considerável quantidade da droga apreendida tornam inviáveis a fixação do regime inicial aberto e a aplicação de medida alternativa, não obstante o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, mostrando-se socialmente recomendável apenas a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena.

5. Ordem parcialmente concedida. (HC 172.596/GO, Relator o Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, DJe de 1º/02/2012.)

Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de direitos, contrariando a jurisprudência amplamente dominante sobre o tema, as instâncias ordinárias entenderam não ser cabível, no caso em tela, o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob o fundamento da vedação legal contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, de forma que fica caracterizado o alegado constrangimento ilegal.

Vejam-se os precedentes das Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte:

A - (...)

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO SOMENTE EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A gravidade abstrata do delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

*3. **Habeas corpus** parcialmente concedido para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta. (HC nº 203.622/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 29/2/2012)*

B - PENAL. TRÁFICO. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA FIXAR O REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. 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".

3. A condenação por tráfico de 2,1 g (dois gramas e um decigrama) de cocaína, fixada a pena-base no mínimo legal, diante da reprimenda final de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, enseja o regime inicial seja o aberto, substituindo-se a privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º do Código Penal) e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, já que presentes os requisitos para tanto (artigo 44 e incisos do Código Penal), devendo o Juízo das Execuções criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover-lhes a aplicação. (HC nº 203.989/SP, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 15/2/2012)

Diante do exposto, concedo parcialmente o **habeas corpus** para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta aos pacientes, determinando, ainda, ao Tribunal de origem, que aprecie livremente a possibilidade de substituição da pena, afastado o óbice legal previsto no art. 44 da Lei de Drogas.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0262949-6

HC 223.849 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12012009 4370816920108260000 50090626591 5835020090626596 990104370817

EM MESA

JULGADO: 08/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DENILSON BAPTISTA TONON E OUTRO
ADVOGADO	: BERNARDO LOPES CALDAS E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DENILSON BAPTISTA TONON
PACIENTE	: ROBSON PINHEIRO DA SILVA

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.