



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.258 - SP (2012/0081813-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : LIDIANE DOS SANTOS CHAVIN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LIDIANE DOS SANTOS CHAVIN

EMENTA

*HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. DETERMINAÇÃO DE ANÁLISE PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. Não se afigura possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Na hipótese, fixada a pena-base da Paciente, ré primária, no mínimo legal, porque reconhecidas como favoráveis as circunstâncias judiciais, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade abstrata do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. No tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação da Paciente, fixar o regime aberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva, bem como determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.258 - SP (2012/0081813-2)

IMPETRANTE : LIDIANE DOS SANTOS CHAVIN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LIDIANE DOS SANTOS CHAVIN

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor próprio por LIDIANE DOS SANTOS CHAVIN, condenada à pena de 04 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 66 dias-multa, como incursa no art. 12, *caput*, c.c. o art. 18, inciso III, ambos da Lei n.º 6.368/76, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nas presentes razões, alega-se, em suma, que a conduta da Impetrante/Paciente é irrelevante para o direito penal, uma vez que foi condenada por trazer consigo apenas 2,8 gramas de "cocaína". Pede-se, assim, a aplicação do princípio da insignificância, absolvendo-se a Acusada.

De modo subsidiário, requer-se a fixação do regime prisional aberto e a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direito.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 20/21.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 29/31, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 53/57, opinando pelo parcial conhecimento da impetração e, nessa extensão, pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.258 - SP (2012/0081813-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. DETERMINAÇÃO DE ANÁLISE PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se afigura possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Na hipótese, fixada a pena-base da Paciente, ré primária, no mínimo legal, porque reconhecidas como favoráveis as circunstâncias judiciais, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade abstrata do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. No tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação da Paciente, fixar o regime aberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva, bem como determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De início, cumpre salientar que, a teor do entendimento assente desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, porquanto trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes da Suprema Corte:

"1. Princípio da insignificância e tráfico de entorpecentes. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes: precedentes. De qualquer sorte, as circunstâncias do caso, especialmente se considerada a espécie da substância apreendida e a forma como estava acondicionada, não convencem de que o fato pudesse ser considerado penalmente insignificante. 2. Tráfico de entorpecentes: ausência de dados concretos que justifiquem a afirmação de inexistência de justa causa para a ação penal ou de atipicidade da conduta imputada ao paciente. 3. Corrupção ativa: improcedência da premissa da impetração de que o delito de corrupção ativa era de consumação impossível, dado que o policial tem poder de fato de não efetivar a prisão em flagrante (C. Penal, art. 17)." (STF, HC 88.820/BA, 1.^a Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 19/12/2006.)

"PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - TRÁFICO DE DROGAS. O fato de o agente haver sido surpreendido com pequena quantidade de droga - três gramas - não leva à observação do princípio da insignificância, prevalecendo as circunstâncias da atuação delituosa - introdução da droga em penitenciária para venda a detentos. PENA - DOSIMETRIA. Surge devidamente fundamentada sentença que, entre o mínimo de três anos e o máximo de quinze, implica a fixação da pena-base em seis anos de reclusão, consideradas as circunstâncias do crime - prática junto a detentos de estabelecimento prisional e a personalidade do agente." (STF, 1.^a Turma, HC 87.319/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15/12/2006.)

E desta Corte Superior:

"[...]"

ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SAÚDE PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação.

2. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico.

3. Não é possível a aplicação do princípio da insignificância no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de entorpecentes, por se tratar de crime de perigo abstrato, que visa a proteger a saúde pública, sendo irrelevante a pequena quantidade de droga apreendida.

PORTE DA DROGA PARA USO PESSOAL. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica em relação à impossibilidade de realização, através da restrita via eleita, da desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de porte para consumo pessoal, se, como na hipótese vertente, existem elementos probatórios mínimos indicativos da prática do ilícito descrito na exordial acusatória, dada a impossibilidade de se proceder à análise do parâmetro probatório, em indevida substituição à instância ordinária, soberana no conhecimento dos fatos e no julgamento.

2. Habeas corpus não conhecido." (HC 248.652/MT, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 03/10/2012; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à inaplicabilidade do princípio da insignificância ao tráfico de drogas.

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

4. Para concluir em sentido diverso, infirmo-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

5. Inviável a aplicação do regime aberto ou mesmo do sursis, dada a quantidade de pena imposta ao paciente.

6. Ordem denegada." (HC 156.543/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 09/11/2011.)

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via, angusta por excelência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Segundo entendimento desta Corte e do STF, não incide o princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes, pois é de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida.

3. Diante da reconhecida inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, é possível a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para 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 (art. 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 104.158/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 13/10/2011.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF.

1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a incidência de causa extintiva da punibilidade.

2. Na hipótese, não se afigura possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo totalmente irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem denegada." (HC 113.757/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 09/02/2009.)

De outra parte, no tocante ao regime de cumprimento de pena, diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo, conforme realizado na espécie.

Assim, deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Confiram-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." (Súmula n.º 440 do STJ)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719 STF)

No caso, a Paciente, ré primária, foi condenada à pena reclusiva de 04 (quatro) anos, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais (fl. 38). Portanto, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto"*.

Outrossim, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação da Paciente, fixar o regime aberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva, bem como determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0081813-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 240.258 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 9340013

EM MESA

JULGADO: 06/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LIDIANE DOS SANTOS CHAVIN

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LIDIANE DOS SANTOS CHAVIN

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.