



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.571 - SP (2011/0083375-1)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIA APARECIDA ABRANTES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N.º 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

1. Com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 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 se 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.

3. No caso, trata-se de ré primária e com bons antecedentes, cuja pena foi fixada no patamar mínimo, circunstâncias que, aliadas à pequena quantidade de entorpecentes apreendida – **15,4 g (quinze gramas e quatro decigramas) de cocaína** –, recomendam o estabelecimento do regime inicial aberto para o início da expiação.

4. Não se revela socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena, tendo em vista principalmente a natureza da droga apreendida. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito consubstanciaria, em verdade, infringência ao princípio da proporcionalidade na parte em que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados, no caso, a saúde pública.

5. Ordem parcialmente concedida, tão só para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 27 de setembro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.571 - SP (2011/0083375-1)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Maria Aparecida Abrantes, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeira instância, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, c.c. o art. 40. III, ambos da Lei n.º 11.343/06, pois trazia consigo **15,4 g (quinze gramas e quatro decigramas) de cocaína, disposta em 20 (vinte) invólucros plásticos, embalados individualmente.**

Inconformados, apelaram a defesa e o Ministério Público. O Tribunal de origem negou provimento a ambos os recursos, corrigindo erro material apenas para afastar a menção ao art. 40, III, da Lei de Entorpecentes.

Neste *writ*, objetiva a defensoria-impetrante a fixação de regime aberto para início do cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, sustentando que a gravidade abstrata do delito não é suficiente para a imposição de sanções mais gravosas.

A liminar foi indeferida à fl. 33.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, "para determinar que ao Magistrado da Vara de Execuções Penais analise e decida se a paciente pode ser agraciada com a pretendida substituição da pena" (e-fl. 62).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.571 - SP (2011/0083375-1)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): A irresignação merece parcial acolhimento.

Por ocasião do julgamento do HC n.º 167.849/MG (sessão do dia 25.5.2010), salientei que, com a edição da Lei n.º 11.464/07, a qual modificara a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.

Disse mais: 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.

Nesse sentido, verifiquem-se os recentes precedentes: **HC n.º 130.113/SC**, Relator Ministro Nilson Naves; **HC n.º 154.570/RS**, Relatora Ministra Maria Thereza; e **HC n.º 128.889/DF**, Relator Desembargador convocado Celso Limongi; este último assim sumariado:

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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 5.10.09)

De mais a mais, o STF entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

Nesse particular, veja-se o Informativo n.º 598 do STF:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente habeas corpus e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de writ, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas ("Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional – v. Informativos 560, 579 e 597. Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convalidação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o habeas corpus. HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 1º.9.2010. (HC-97.256)

No caso, trata-se de ré primária e com bons antecedentes, cuja pena foi fixada no patamar mínimo, circunstâncias que, aliadas à pequena quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes apreendida, recomendam o estabelecimento do regime inicial aberto para o início da expiação.

Não me parece socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena, tendo em vista principalmente a natureza da droga apreendida. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito consubstanciaria, em verdade, infringência ao princípio da proporcionalidade na parte em que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados, no caso, a saúde pública.

A esse respeito:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90. Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. **Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal, tendo em vista o reconhecimento, na sentença, da intensa reprovabilidade de sua conduta, aferida a partir da quantidade da droga apreendida (22,97 gramas de cocaína).**

4. Ordem denegada.

(HC 204.327/DF, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 8.9.2011), sem destaques no original.

À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem tão só para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade aplicada à paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0083375-1

HC 203.571 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12182008 50080583032 990101183889

EM MESA

JULGADO: 27/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIA APARECIDA ABRANTES

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."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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