



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 164.668 - MS (2010/0041552-7)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : LEILA DE SOUSA (PRESO)
ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ÓBICES AFASTADOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4.º DO ART. 33 E DO ART. 44, AMBOS DA LEI 11.343/2006 – NA PARTE RELATIVA À PROIBIÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – E DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007 – QUE DETERMINAVA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO, AOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. A decisão agravada – que concedeu a ordem, para estabelecer o regime aberto como inicial para o cumprimento da pena imposta ao paciente, e substituiu a pena corporal por restritivas de direitos – deve ser mantida, eis que está em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, desde a declaração de inconstitucionalidade, incidental, pelo STF, do § 4.º do art. 33 e do art. 44 da Lei 11.343/2006, na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, no julgamento do HC 97.256/RS, e do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, que determinava a imposição do regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, não subsiste óbice à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nem tampouco ao estabelecimento de regime prisional diverso do fechado. Precedentes.

II. Agravo Regimental improvido.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 05 de março de 2013(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 164.668 - MS (2010/0041552-7)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de decisão da lavra do Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), então Relator, que concedeu a ordem, em sede de **Habeas corpus** impetrado em face de acórdão da 1.^a Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Insurge-se o agravante contra o entendimento firmado na decisão agravada, que concedeu a ordem, "para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, a serem definidas no Juízo da Execução" (fl. 106e).

Sustenta que, "não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, ter reconhecido a inconstitucionalidade do § 4.º, do artigo 33, da Lei de Drogas, ao julgar o Habeas Corpus nº 9726, impõe-se certa cautela quanto a referida interpretação, sobretudo porque proferida em sede de habeas corpus, por maioria e, sem efeito vinculante" (fl. 116e). Alega que "a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o AI no HC 120353-SP, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade da matéria, tendo a Quinta Turma firmado entendimento no sentido da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de drogas" (fl. 117e).

Aduz, ainda, que "não se vislumbra a ocorrência de constrangimento ilegal na imposição do regime inicial fechado, eis que o delito foi cometido quando já vigorava a Lei nº 11.464/07, razão pela qual deve incidir a nova legislação, que expressamente dispõe no sentido de que a prática de crime hediondo ou equiparado inviabiliza o cumprimento da pena em regime menos gravoso" (fl. 118e).

Requer, pois, a reconsideração da decisão agravada ou que seja o recurso submetido a julgamento, pela 6.^a Turma, para que seja provido o Agravo Regimental, denegando-se a ordem, "com a consequente fixação do regime inicial fechado e a sua não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fl. 118e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 164.668 - MS (2010/0041552-7)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não assiste razão ao agravante.

Compulsando os autos, verifica-se que a ordem foi concedida, nos seguintes termos:

"Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Leila de Sousa, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Colhe-se dos autos que a paciente foi condenado pelo crime de tráfico de drogas à pena de 4 anos 3 meses e 10 dias de reclusão e 550 dias-multa.

Em sede de apelação criminal, foi dado parcial provimento ao recurso da defesa para reduzir a reprimenda para 2 anos e 7 meses de reclusão, e 225 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.

Busca a impetração a fixação do regime aberto para o desconto da reprimenda, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida à fl. 86.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 92/94), opinou pela denegação da ordem.

Tenho, contudo, que o pedido deve ser deferido.

Disse o magistrado sentenciante, no que interessa:

"A culpabilidade revela normal do tipo. Não registra antecedentes criminais. Em relação à personalidade e à conduta social, nada mais há em seu desfavor. Os motivos do crime são inerentes ao tipo. As circunstâncias e as consequências são comuns à espécie. Não há falar em comportamento da vítima.

Demais disso, diante da previsão contida no artigo 42 da nova lei de tóxico, anoto que pesa, e muito, em desfavor da acusada, a espécie e a quantidade de entorpecente. De fato, a acusada transportava mais de um quilo de cocaína, sendo sabido que a cocaína provoca demasiado malefício ao usuário, pelo que fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 6 anos de reclusão.

Reconhecida a atenuante da confissão, minoro-lhe a pena em 6 (seis) meses, fixando-a, provisoriamente, em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Em face da causa especial de aumento de pena prevista no artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

40, inciso V, da Lei 11.343/06, aumento a pena em 1/6 (um sexto), fixando-a, provisoriamente, em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses.

Por último, reconhecida a causa de diminuição do § 4º, artigo 33, da Lei Antidrogas, considerando-se a quantidade de droga que a acusada transportava (mais de 1 kg), bem como a espécie (cocaína), fatores que pesam em desfavor da acusada, minoro-lhe a pena em 1/3, ou seja, em 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias, fixando-a definitivamente em 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

A multa, observadas, mais uma vez, as circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), será fixada em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, ao valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, em atenção ao artigo 49 do CP.

A ré cumprirá a pena em regime inicial fechado.

Não poderá apelar em liberdade eis que já se encontra em prisão cautelar, derivada de flagrante, além de que o delito a ela atribuído é insuscetível de liberdade provisória, consoante expressa vedação legal, consoante se observa do art. 44 da Lei 11.343/2006, sendo certo que a sua segregação cautelar é imperiosa a fim de garantir a ordem pública, abalada pelo crime praticado, diante da gravidade do delito perpetrado, considerando-se que a ré transportava grande quantidade de substância entorpecente para fins de tráfico, sendo que a sua liberação certamente implicaria em sentimento de impunidade tanto aos cidadãos quanto a outros praticantes de crimes assemelhados, além de evitar a reprodução do aludido fato delituoso, consoante expressa vedação legal, consoante se observa do art. 44 da Lei 11.343/2006.

A ré não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e nem ao **sursis**, em razão da natureza do delito." (fls. 40/41)

O Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo da defesa, reduziu a pena imposta, aduzindo:

"Primeiramente, acertada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, por considerar a quantidade de droga, pois embora não constitua circunstância judicial, é fator eleito pela Lei de Drogas como preponderante às circunstâncias judiciais, na forma do artigo 42 da citada Lei 11.343/2006, como bem observa o Ministério Público. Isto se dá porque, como explica NUCCI:

'A Lei de Drogas baseia-se, principalmente, na punição de crimes de perigo abstrato (...) o que justifica destacar, como elementos preponderantes na individualização da pena, dentre outros, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. É natural



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública.'

No caso dos autos, a ré-apelante foi presa em flagrante, transportando 1,012 kg (um quilo e doze gramas) de cocaína, acondicionada em um pacote envolto em embalagens plásticas, em papel de presente (f. 22), quantidade que, sabidamente, permite a reprodução de centenas de porções menores para o corriqueiro comércio propiciado pelo conhecido tráfico 'formiguinha'. Assim, a quantidade da droga é sim considerável e, deve ser sopesada na forma do artigo 42 da Lei de Drogas, na aplicação da pena-base.

Quanto à impugnação da redução de 1/3, aplicada pela Magistrada, requerendo a apelante, aumento da redução para o limite legal fixado em 2/3, em parte, prospera, porquanto a sentenciada acumula os critérios da primariedade, bons antecedentes, de não ser dedicada às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, como foi admitido na sentença, desta forma, conforme previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, merece que lhe seja aplicada a redução da pena em 1/2, **quantum** este que se apresenta adequado para que a reprimenda seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime. Consoante, mais uma vez, ensina NUCCI, 'cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem(...).'

Neste sentido, tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça:

'Ementa: **HABEAS CORPUS**. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. A QUANTIDADE DE DROGAS, POR SI, NÃO AFASTA A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Reconhecidas tais circunstâncias, a quantidade de drogas, por si só, não tem o condão de impedir a aplicação da minorante, sob pena de se criar condição não prevista em lei. 3. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas. 4. Nessa esteira, em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, imperiosa a aplicação da minorante, que deverá ser aplicada perto do patamar máximo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no montante de 1/2 (metade), com fundamento na quantidade de maconha, que não chega a ser pequena a ponto de justificar a maior redução, para que a reprimenda seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime. 5. Ordem concedida para aplicar a minorante prevista no artigo 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06, no percentual de 1/2 (um meio), e fixar a reprimenda do Paciente em 2 anos e 6 meses.' (HC 134549/SP - **HABEAS CORPUS** 2009/0075403-4 Rel.(a) Ministra LAURITA VAZ - QUINTA TURMA – DJe 28/09/2009)

Ressalte-se que, a quantidade da droga, é circunstância que não pode ser considerada para desabonar a redução da pena, porquanto já sopesada quando da análise do artigo 42 da Lei de Drogas, na fixação da pena-base. Entender de modo contrário caracterizaria **bis in idem**.

Quanto à pretendida exclusão da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da referida Lei de Drogas, merece provimento.

Quando da prisão da apelante, mesmo tendo comprado droga para revender no Estado de São Paulo, mais precisamente na cidade de Araçatuba, não ultrapassou o limite do Estado, o entorpecente foi apreendido na estrada perto de Água Clara/MS, sendo assim, não se pode falar em tráfico interestadual de drogas.

Sobre o assunto:

'É preciso prova efetiva de que a droga provém de outro Estado da Federação, ou de que se trata de tráfico entre Estados e Distrito Federal'. (Tóxicos. Renato Marcão. 4ª ed. 2007 Pág. 337).

Nesse sentido, tem decidido a Seção Criminal deste Tribunal de Justiça:

'E M E N T A – REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTE – PRETENDIDA A EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO V, DO ART. 40, DA LEI 11.343/06 – TRÁFICO INTERESTADUAL NÃO CARACTERIZADO – DEFERIMENTO.

Merece prosperar o pedido de desconSIDERAÇÃO do requerente, relativamente ao previsto no artigo 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, quando a droga não tiver saído da esfera do estado de origem. Mesmo que o revisionando tenha confessado o intuito de transpor a fronteira do estado de origem, ela não deve ser aplicada, pois não pode ser punida a mera intenção do agente'. (TJMS: Revisão Criminal n. 2009.026478-0/0000-00. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia. Órgão Julgador: Seção Criminal. Data do Julgamento: 02.12.2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como dito, a apelante foi presa no Estado de Mato Grosso do Sul, não conseguindo levar a droga para outro Estado, razão pela qual não configura a causa de aumento de pena constante do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, mesmo estando comprovado que a sua intenção era a de levar a droga para Araçatuba, Estado de São Paulo.

O Superior Tribunal de Justiça sufraga o mesmo entendimento, como se inferi do seguinte precedente:

'HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS E USO DE DOCUMENTO FALSO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/06 PELO JUÍZO DE 1.º GRAU. AFASTAMENTO DA DIRIMENTE PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE QUE A CORTE A QUO NÃO TERIA RETIRADO DA PENA TODO O QUANTUM EXASPERADO NA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. DOCUMENTO GROSSEIRO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. CRIME IMPOSSÍVEL. REEXAME DE PROVAS. ORDEM DENEGADA.

1. O Tribunal de Justiça estadual, ao dar parcial provimento defensivo para afastar a aplicação da causa de aumento por ter sido o tráfico cometido entre Estados da Federação, prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06, diminuiu toda a majoração da pena cominada pela sentença condenatória, inexistindo o alegado constrangimento ilegal contra o Paciente.

2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da prova, ao condenar o Paciente como incurso no art. 304 do Código Penal, fundadas na realização de exame pericial, afirmaram que o documento utilizado era capaz de lesar a fé pública, portanto, não há falar em absolvição por atipicidade da conduta, por ser grosseira a falsificação. Entender de forma contrária exigiria necessariamente cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus. Precedentes.

3. Ordem denegada'. (HC 132791/MS. Quinta Turma. Rel.^a Min.^a Laurita Vaz. DJe 29/06/2009)

Assim, a droga apreendida no estado de origem não pode gerar a aplicação da majorante de aumento da pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06, devendo a mesma ser afastada. Por isso, não procede o prequestionamento aventado pelo representante ministerial.

Quanto à multa, entendo que, na sua fixação, devem ser sopesadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todas as circunstâncias que determinaram a imposição da pena privativa de liberdade - judiciais, legais, causas de aumento e diminuição. Assim, visando resguardar a simetria entre as penas, reduzo-a para 225 (duzentos e vinte e cinco) dias-multa, mantido o valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato.

De todo exposto, contra o parecer, dou provimento parcial ao recurso, para o fim de reformar a sentença quanto à redução da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, do **quantum** de 1/3 para 1/2 bem como para afastar a majorante pertinente ao tráfico interestadual. Assim: fixada a pena-base em 6 anos de reclusão; posteriormente aplicada a atenuante da confissão – ficando a pena em 5 anos e 6 meses; reconhecida a causa de diminuição da pena prevista no referido § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, no patamar ora reformado para 1/2 –; por fim, afastando-se o **quantum** relativo à majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/06, aplicado em 1/6; resta a pena a ser dosada definitivamente em 2 anos e 7 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 225 (duzentos e vinte e cinco) dias-multa.” (fls. 20/23)

Considerando a quantidade de pena aplicada - 2 anos e 7 meses de reclusão -, reconhecida a primariedade da ré e fixada a pena-base pouco acima do no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto, visto que não supera 4 anos, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, eis que alheia às particularidades do caso concreto, consoante vem sendo decidido pela Sexta Turma desta Corte.

São os nossos precedentes:

A - "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI N.º 11.343/06. 1. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. RÉU PRIMÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, NEM QUE SE DEDIQUE À ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INCIDÊNCIA. 3. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE OFÍCIO.

1. Não obstante o colegiado do Tribunal de origem não ter examinando a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior. Precedentes.
2. Em sendo o acusado primário, sem antecedentes desabonadores, e não se comprovando qualquer participação do paciente em organização criminosa ou de sua dedicação à atividade criminosa, é de ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.
3. 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.
4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a incidência da causa de diminuição, reduzindo a pena aplicada, e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Mantida as demais cominações estipuladas no acórdão."

(HC nº 154.570/RS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 10/5/2010)

B - "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, à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 128.889/DF, Relator o Desembargador convocado **CELSO LIMONGI**, DJe de 5/10/2009)

De outro giro, muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 120.353/SP, a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 118.776/RS realizado no dia 18 de março deste ano, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por delito de tráfico, cometido sob a égide da Nova de Drogas. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC 149.807/SP, realizado no dia 6 de maio de 2010, conforme se extrai do Informativo nº 433/STJ:

Veja-se:

"O crime imputado ao paciente foi tráfico de drogas praticado em 8/5/2008, já sob a égide da Lei n. 11.464/2007, cuja entrada em vigor se deu em 29/3/2007, que alterou o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, determinando o estabelecimento de regime fechado para o início do cumprimento da pena aplicada, qualquer que ela seja. A defesa do paciente alega que a quantidade imposta, a primariedade e as circunstâncias judiciais favoráveis autorizariam a imposição do regime aberto. Destaca o Min. Relator que, embora, segundo o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (com a novel redação da Lei n. 11.464/2007), tenha sido vedado, expressamente, para os crimes hediondos ou a eles equiparados o regime inicial diverso do fechado, na fixação do regime prisional para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, há de levar-se em consideração a quantidade de pena imposta, as circunstâncias judiciais desfavoráveis ou favoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição. Isso porque, no Estado democrático de direito, as normas devem mostrar-se ajustadas com o processo constitucional. Observa que a aplicação literal do artigo inserido pela Lei. n. 11.464/2007 na Lei dos Crimes Hediondos sem considerar as peculiaridades do caso concreto acarretaria ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo. Ressalta que, em decisão plenária em 2006, o STF declarou a inconstitucionalidade da proibição à progressão de regime (art. 2º, § 1º, na redação antiga da Lei dos Crimes Hediondos) por afronta ao princípio da individualização da pena e só depois a Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 11.464/2007 derogou a vedação à progressão de regime. No entanto, ainda persiste a ofensa ao princípio da individualização da pena, pois se aquele dispositivo responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele dispositivo que determina a todos, independente da pena ou das circunstâncias judiciais do caso concreto, que inicie a expiação no regime mais gravoso. Pelo exposto, conclui que, na hipótese dos autos, a pena de um ano e oito meses de reclusão aliada às circunstâncias judiciais favoráveis permite o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e também a sanção corporal por duas medidas restritivas de direitos. Observou ainda que, no julgamento da apelação interposta pelo MP, o tribunal **a quo**, embora tenha aplicado a causa de diminuição contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo de dois terços, deixou de efetuar a mesma redução em relação à multa, o que ocasiona o constrangimento ilegal alegado pela defesa. Com esse entendimento, a Turma estabeleceu o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade, substituiu-a por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, redimensionou a pena pecuniária de 332 para 166 dias-multa e determinou que a implementação das restritivas de direitos ficasse a cargo do juiz das execuções. Com essa decisão, a Turma modificou seu entendimento sobre o tema ao adotar o do STF.”

(HC nº 149.807-SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, julgado em 6/5/2010, acórdão pendente de publicação)

Ademais, no julgamento do HC nº 97.256/RS, realizado na sessão Plenária do dia 1º de setembro último, o Supremo Tribunal Federal decidiu que são inconstitucionais dispositivos da Nova Lei de Drogas que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas.

Desse modo, acompanhando os recentes julgados desta Turma e do STF, entendo ser devida a substituição da sanção corporal imposta à paciente por duas medidas restritivas de direitos.

Ante do exposto, concedo o habeas corpus para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, a serem definidas no Juízo da Execução" (fls. 98/107e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, a decisão embargada deve ser mantida, eis que está em conformidade com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, declarada a inconstitucionalidade, pelo STF, em 01/09/2010, do § 4.º do art. 33 e do art. 44 da Lei 11.343/2006, na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, no julgamento do HC 97.256/RS – que resultou na edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da vedação legal –, e do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007 – que determinava a imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, nos autos do HC 111.840/ES, em 27/06/2012 –, não subsiste óbice à concessão do benefício da substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, nem tampouco ao estabelecimento de regime prisional menos gravoso: STJ, AgRg no HC 121.111/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 17/12/2010, EDcl no HC 122.269/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 22/11/2010, HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012, e HC 245.849/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 24/09/2012.

Com efeito, a paciente é primária, sua pena é inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e a grande maioria das circunstâncias judiciais são-lhe favoráveis, a sinalizar que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é suficiente para a reprovação e a prevenção do delito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Sendo a paciente primária, com pena de 2 (dois) anos e 7 (sete) meses de reclusão, cabível o regime inicial aberto, a teor do art. 33, § 2.º, c, do Código Penal.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0041552-7

AgRg no
HC 164.668 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090297215 49090000186

EM MESA

JULGADO: 05/03/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LEILA DE SOUSA (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : LEILA DE SOUSA (PRESO)
ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.