



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.867 - RS (2011/0060040-0)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : CLAUDIOMIRO DA SILVA
ADVOGADO : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CLAUDIOMIRO DA SILVA.

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO POR ESTA CORTE AFASTANDO O ÓBICE DA SUBSTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO PELO TRIBUNAL *A QUO*. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA.

I. Hipótese em que, após a concessão de *habeas corpus* por esta Corte afastando o óbice à substituição da pena aos acusados de tráfico ilícito de entorpecentes, o Tribunal *a quo* indeferiu o benefício.

II. Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, é devido o benefício ao paciente.

III. A descrição oblíqua de circunstância já apreciada anteriormente, de modo a denotar maior gravidade, assim como a quantidade e natureza da droga apreendida, que não se revela exorbitante, inclusive segundo entendimento anterior da própria Corte *a quo* e, ainda, circunstâncias abstratas inerentes às próprias elementares do tipo penal imputado, não são fundamentos idôneos para o indeferimento do benefício pleiteado.

VI. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser, de ofício, afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Ordem que deve ser concedida para determinar ao Juízo de 1º grau que fixe o regime e a pena substitutiva adequada.

VI. Ordem parcialmente conhecida e concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2011(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.867 - RS (2011/0060040-0)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul em favor de CLAUDIOMIRO DA SILVA contra acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado pelo delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão em regime inicialmente fechado.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo e proveu o apelo ministerial para majorar a pena para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão.

Contra o acórdão, a defesa impetrou *habeas corpus* perante esta Corte pleiteando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. A ordem foi concedida para "*afastar o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito fundado na hediondez do delito e, por conseguinte, determinar que o Tribunal de origem prossiga na análise do referido benefício consoante os requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal*".

O Tribunal *a quo* proferiu acórdão negando a substituição da pena, *verbis* (fls. 284/289):

"CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 12, DA LEI Nº 6.368/76).

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois seria insuficiente para a reprovação e prevenção do crime cometido, deixando o réu de atender ao requisito do artigo 44 - III, do CP, quanto às suas circunstâncias.

APELO IMPROVIDO."

No presente *writ*, o impetrante pugna pela fixação do regime aberto para o cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Não houve pedido de liminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 305/309, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.867 - RS (2011/0060040-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul em favor de CLAUDIOMIRO DA SILVA contra acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado pelo delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão em regime inicialmente fechado.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo e proveu o apelo ministerial para majorar a pena para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão.

Contra o acórdão, a defesa impetrou *habeas corpus* perante esta Corte pleiteando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. A ordem foi concedida para "*afastar o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito fundado na hediondez do delito e, por conseguinte, determinar que o Tribunal de origem prossiga na análise do referido benefício consoante os requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal*".

O Tribunal *a quo* proferiu acórdão negando a substituição da pena.

No presente *writ*, o impetrante pugna pela fixação do regime aberto para o cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Passo à análise da irresignação.

Extrai-se dos autos que a denegação dos benefícios do regime mais benéfico e substituição da pena foi assim fundamentada pelo Tribunal *a quo*:

"Prosegue-se no julgamento do apelo defensivo nos exatos termos do determinado pelo STJ, no Hábeas Corpus nº 91.890/RS, ou seja, na análise da viabilidade da substituição da pena privativa de liberdade imposta ao réu por restritivas de direitos, desde que atendidos os requisitos do artigo 44, do CP, afastado o óbice da hediondez do delito, adotado pelo acórdão anterior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tenho como inviável a mencionada substituição, no caso concreto, visto que a mesma mostrar-se-ia como insuficiente para a reprovação e prevenção do crime praticado.

Com efeito, embora o réu seja primário e não ostente antecedentes, como reconheceu a sentença (fl. 136), as circunstâncias do caso concreto desaconselham a outorga do benefício, uma vez que ele praticava o delito na presença de sua companheira com 14 anos de idade e do filho pequeno de ambos; a quantidade da droga apreendida não pode ser considerada como inexpressiva (83 gramas de maconha), indicando maior envolvimento com o comércio ilícito; e visava ele o lucro fácil em prejuízo da saúde pública, com graves prejuízos causados a esta.

Assim sendo, não satisfaz o réu os requisitos exigidos pelo artigo 44 – III, do CP (circunstâncias do fato) para a concessão do benefício, de modo que vai improvido o apelo defensivo quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, devendo ele cumprir a sanção de 03 anos, 01 mês e 15 dias, em regime inicial fechado.

Diante do exposto e em atendimento ao determinado pelo STJ, no HC nº 91.890/RS, nego provimento ao apelo defensivo, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o voto."

Verifica-se que o acórdão não apresentou fundamentação concreta e suficiente para a denegação do benefício. Cabe notar, de início, que o magistrado singular assim dosou a pena:

"Passo a analisar as circunstâncias do art. 59, do Código Penal.

*Com relação à culpabilidade (...). **O grau de sua conduta está dentro da normalidade.***

*Antecedentes (...). **Não possui.***

*Conduta Social (...). **Dentro da normalidade.***

*Personalidade (...). **Não há como defini-la.***

*Motivos (...). **Inerentes à espécie.***

*Circunstâncias (...). **Não há gravidade.***

*Conseqüências (...). **Revelam-se graves, uma vez que a venda do entorpecente afeta a comunidade em geral, atingindo várias famílias, que acabam sendo destruídas por culpa da droga, motivo pelo qual aumento a pena em nove meses.***

*Comportamento da vítima (...). **A vítima, que é a incolumidade pública, em nada contribuiu.***

*Assim, **fixo a pena base em três anos e nove meses de reclusão.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na primeira ocasião do julgamento da apelação defensiva, o Tribunal *a quo* se manifestou do seguinte modo:

"Entendo correto o apenamento fixado pela sentença, de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, tendo em vista os vetores do artigo 59, do CP, que foram adequadamente sopesados às fls. 139/140 do comando sentencial, restando mantidos, na forma em que apreciados pelo decisório combatido, porém, ressalvando que merece correção o redutor aplicado, tal como pretende o Ministério Público.

(...)

Tenho que a redução não pode operar-se em seu grau máximo, pelo contexto que se infere dos autos, seja pela gravidade do delito, seja pelo fato de que a conduta do réu gerava insegurança à comunidade local. Ademais, tinha a droga em depósito na casa em que residia com sua companheira e um filho pequeno."

Vê-se, portanto, que o exame da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do condenado, motivos e circunstâncias foram sopesados de forma benéfica ao paciente na dosimetria da pena, e a posição foi ratificada pelo Tribunal *a quo*.

Desse modo, afastada a vedação legal à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e tendo-se mostrados atendidos os requisitos do art. 44, do Código Penal, cabe ao paciente a concessão do benefício.

Observe-se que a Corte estadual ponderou sobre a circunstância de que o paciente conservava os entorpecentes em sua residência, onde morava com sua companheira e um filho pequeno, mas apenas para modificar o montante de redução do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Na análise do cabimento da substituição da pena após a devolução dos autos por esta Corte, entretanto, o Tribunal *a quo* descreve que o paciente *"praticava o delito na presença de sua companheira com 14 anos de idade e do filho pequeno de ambos"*. O paciente é acusado de tráfico ilícito de entorpecentes e, segundo dá a entender a fundamentação, ele procedia ao comércio diante do seu filho e esposa. Entretanto, não há tal descrição nos autos. Conforme descrito pela própria Corte estadual anteriormente, o paciente guardava o entorpecente em casa, o que é diferente.

Do mesmo modo, a quantidade e natureza da droga apreendida (83 gramas de maconha) não é suficiente para, por si só, ensejar a denegação do benefício. Novamente, cabe notar que o próprio Tribunal *a quo*, ao avaliar anteriormente a dosimetria da pena, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerou a quantidade exorbitante, sequer para afetar o montante de redução da pena.

Finalmente, quanto à intenção de lucro fácil e o prejuízo à saúde pública, tratam-se de elementos abstratos, inerentes às próprias elementares do tipo penal imputado ao paciente.

Por outro lado, em relação ao pleito de concessão de regime mais brando de cumprimento da pena, verifica-se que a questão não foi submetida ao crivo do órgão colegiado do Tribunal *a quo*. Entretanto, revelando a hipótese dos autos situação na qual a denegação do benefício de substituição da pena encontra-se insuficientemente fundamentada, e considerando a declaração de inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, verifica-se a incompatibilidade da concessão deste benefício para o apenado em regime fechado, considerando-se que a pena restritiva de direitos visa, exatamente, evitar o encarceramento.

Nesse contexto, nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não deve existir impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena.

A corroborar esta conclusão, vê-se que o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou recentemente:

“Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida.” (HC 105779, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/02/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 21-02-2011 PUBLIC 22-02-2011)

Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que iniciem o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07, mas tão somente adequar, afastando qualquer incongruência, a aplicação da pena e do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões *“vedada a conversão em penas restritivas de direitos”*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constante do § 4º do artigo 33, e “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”, constante do artigo 44, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Dessa forma, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

Diante disso, deve ser igualmente concedida a ordem para determinar ao juízo de 1º grau que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a adequação do regime prisional.

Feitas estas considerações, deve a ordem ser parcialmente conhecida e concedida, nos termos da motivação acima deduzida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0060040-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 200.867 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20600045559 2820600045559 70018098046 70020087599

EM MESA

JULGADO: 06/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GILSON DIPP

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLAUDIOMIRO DA SILVA
ADVOGADO : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CLAUDIOMIRO DA SILVA.

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp.