



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.682 - DF (2011/0058310-4)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : DAIANY CARVALHO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE NO CASO DOS AUTOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. FALTA DO REQUISITO SUBJETIVO. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 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 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. O STF entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

4. No caso, a paciente é primária, cuja pena-base foi estabelecida no acima do mínimo legal, porquanto, desfavorável uma circunstância judicial. Assim, tem-se por razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

5. Mesma sorte não lhe assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque a quantidade e espécie de droga apreendida não recomendam o benefício, nos termos do art. 44, III, do CP.

6. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 19 de maio de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.682 - DF (2011/0058310-4)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Daiany Carvalho de Souza, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que denegou a ordem ali deduzida.

Consta dos autos ter sido a paciente condenada à pena de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao 200 (duzentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, c/c os arts. 40, III, e 46, todos da Lei nº 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade de votos, dado parcial provimento ao apelo para aplicar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo a reprimenda a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Busca a impetração a fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção corporal, bem como a sua conversão em medidas restritivas de direitos.

Indeferida a liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifesta-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.682 - DF (2011/0058310-4)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante por trazer consigo, no interior de sua bolsa, 22 (vinte e duas) porções de crack, pesando 17,37 g (dezessete gramas e trinta e sete decigramas) e, no bolso traseiro de suas vestes, uma porção da mesma substância, pensando 4, 72 g (quatro gramas e setenta e dois centigramas).

Denunciada como incurso no art. 33, **caput**, c/c os arts. 40, III, e 46, todos da Lei nº 11.343/06, veio a ser condenada, em primeiro grau, à pena de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão.

O Tribunal de origem, ao julgar a apelação interposta pela defesa, redimensionou a pena fixada na sentença condenatória, anotando:

Na primeira fase da aplicação da pena, o Juiz sentenciante considerou desfavoráveis à ré as circunstâncias judiciais quantidade e natureza da droga, majorando a pena mínima em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, fixando-a em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Tenho que a sentença não merece reparos neste ponto, pois se considerando os limites mínimo e máximo da sanção atribuída ao crime de tráfico de entorpecentes (de 5 a 15 anos de reclusão), o aumento da pena-base em 1 (um) e 6 (seis) meses, devido a natureza e quantidade da droga, é razoável e proporcional.

Assim, mantenho a pena-base em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase da aplicação da pena, ausentes agravantes e presente a atenuante da menoridade relativa, que foi devidamente reconhecida na sentença, o Juiz minorou a pena em 6 (seis) meses de reclusão, fixando a pena provisoriamente em 6 (seis) anos de reclusão.

A Defesa requer uma maior redução em face da atenuante da menoridade relativa. Sem razão. Novamente, tenho que o Juiz sentenciante bem dosou a pena nesta fase, razão pela qual mantenho a pena, provisoriamente, em 6 (seis) anos de reclusão.

Na terceira fase da dosimetria, encontram-se presentes a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei 10.343/2006, e as causas de diminuição de pena previstas nos artigos 33, § 4º, e 46, ambos da Lei 10.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à causa de aumento de pena do artigo 40, inciso III, da Lei 10.343/2006, o Juiz sentenciante utilizou-se da fração mínima de aumento, 1/6 (um sexto), o que entendo correto. Logo, mantenho o aumento em 1/6 (um sexto), fixando a pena em 7 (sete) anos de reclusão.

Quanto à causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 10.343/2006, a Defesa requer a aplicação da fração máxima de redução, 2/3 (dois terços), ao argumento de que a natureza e a quantidade da droga já foram utilizadas em desfavor da ré na primeira fase da aplicação da pena.

Com razão a Defesa.

Tenho que o percentual máximo de redução previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 é adequado para os casos de pequena traficância. In casu, o volume da droga apreendida em poder da apelante, somado ao fato de que é primária, portadora de bons antecedentes, e de que não há provas de que se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa, possibilitam, de fato, a incidência do redutor no máximo legal de dois terços.

Assim, reduzo a pena até então fixada, 7 (sete) anos de reclusão, em 2/3 (dois terços), o que resulta em uma pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Quanto à causa de diminuição de pena do artigo 46 da Lei 10.343/2006, mantenho a redução em 1/2 (metade), ante a constatação de que se trata de ré dependente química, conforme laudo de fl. 104/106, tornando a pena definitiva em **1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão**.

Mantenho a pena pecuniária fixada na sentença em **200 (duzentos) dias-multa**, à razão mínima.

Quanto ao pedido de fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda, sem razão o recorrente.

O regime inicial fechado é imposto por Lei nos casos de condenados por crime de tráfico de drogas, independentemente da pena aplicada, em face do que dispõe o art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

(...)

Diante desse novo panorama, caberá ao juiz a análise de se aplicar ou não a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base nos parâmetros objetivos e subjetivos do artigo 44 do Código Penal, combinado com o artigo 42 da Lei 11.343/2006.

Analisando o caso concreto, verifico que embora a ré/apelante tenha sido condenada a pena não superior a 04 (quatro) anos, o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e a recorrente não seja reincidente em crime doloso; as circunstâncias judiciais específicas do crime de tráfico de drogas - natureza e quantidade da droga - indicam que a substituição não é suficiente para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repressão e prevenção do crime.

*Assim, pelo fato da ré ter sido presa com 23 porções de “crack”, que somam 13,69 g (treze gramas e sessenta e nove centigramas) de “crack”, droga de alto poder viciante, verifico **incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.***

Quanto ao pedido de suspensão da pena, previsto no artigo 77 do Código Penal, este é incabível, já que o fato-crime é posterior à Lei 11.343/2006, que em seu artigo 44 veda o sursis. Ainda, as circunstâncias judiciais específicas do crime de tráfico de drogas não autorizam a sua concessão.

Por ocasião do julgamento do HC-167.849/MG (sessão do dia 25.5.10), salientei que, com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime no 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-130.113/SC**, Relator Ministro Nilson Naves; **HC-154.570/RS**, Relatora Ministra Maria Thereza; e **HC-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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 nº 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)

Assim, entendo perfeitamente aplicável regime diverso do fechado ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado por tráfico de drogas.

No caso, a paciente é primária, cuja pena-base foi estabelecida no acima do mínimo legal, porquanto, desfavorável apenas uma circunstância judicial – a quantidade e a natureza da droga apreendida.

Ainda assim, tem-se por razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

Mesma sorte não lhe assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque a quantidade e espécie de droga apreendida – 23 porções de *crack* – não recomendam o benefício, nos termos do art. 44, III, do CP.

À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada à paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0058310-4

HC 200.682 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1982010 20100110587685 481050

EM MESA

JULGADO: 19/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

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 DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : DAIANY CARVALHO DE SOUZA (PRESO)

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 Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.