



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.007 - SP (2011/0085820-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO FRANCISCO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. DIVERSIDADE DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO, QUE SE MOSTRA DEVIDO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

2. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

3. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, ante o *quantum* de pena aplicado e considerando as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

4. Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a diversidade e quantidade de drogas apreendidas apreendidas em poder do paciente – 33 porções de cocaína e 12 trouxinhas de maconha – e o fato de o tráfico de drogas ter envolvido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adolescente, em poder do qual ainda foram apreendidas 4 porções de *crack*.

5. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, determinando-se ao Juízo das Execuções que analise o eventual preenchimento pelo paciente dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da substituição pretendida.

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, 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), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 29 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.007 - SP (2011/0085820-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Rodrigo Francisco da Silva**, apontando como autoridade coatora a Décima Terceira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, ao julgar a Apelação n. 0412951-15.2010.8.26.0000, interposta pelas partes, negou provimento ao apelo ministerial e proveu o recurso defensivo para afastar a majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, reduzindo a reprimenda do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, em regime inicial fechado.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que deveria ser fixado ao paciente o regime **aberto** de cumprimento de pena, defendendo que o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 não poderia ser aplicado ao caso concreto, por violação do princípio constitucional da individualização da pena.

Destaca que o paciente é primário e foi beneficiado com a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta, outrossim, que a pena privativa de liberdade deveria ser substituída por restritivas de direitos, ressaltando que a vedação à substituição da sanção reclusiva prevista no art. 44 da Lei de Drogas foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Requeru, liminarmente e no mérito, a fixação do regime aberto e a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Celso Limongi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargador convocado do TJ/SP).

Dispensada a solicitação de informações à autoridade tida como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem apenas para que fosse afastado o óbice à substituição da sanção reclusiva, determinando ao Juízo das Execuções que analisasse o eventual preenchimento pelo paciente dos requisitos necessários à concessão da benesse.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.007 - SP (2011/0085820-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, c/c o art. 40, III e VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 4/2/2010, juntamente com um adolescente, guardava e tinha em depósito 33 porções de cocaína e 12 trouxinhas de maconha, todas embaladas individualmente, sendo que, com o menor, ainda foram apreendidas 4 porções de crack, além de R\$ 60,00 (sessenta reais) em espécie.

Inconformadas, ambas as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido negado provimento ao recurso ministerial e provido o apelo defensivo apenas para afastar a majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, reduzindo a reprimenda do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão.

Quanto à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o Juiz sentenciante entendeu inviável proceder-se à almejada permuta sob o argumento de que se mostra *inaplicável, por vedação legal, qualquer substituição (restritiva de direitos)* – fl. 21.

O Tribunal impetrado, por seu turno, manteve a negativa de substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos sob o fundamento de que *os crimes considerados hediondos ou a eles equiparados – e o é o tráfico de entorpecentes – não admitem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos* (fl. 29).

Certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo.

Para melhor análise da questão *sub examine*, transcreve-se, por oportuno, o seguinte trecho, extraído do Informativo n. 598/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*.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões constantes dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006 pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Mas, para a substituição da sanção privativa de liberdade por penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alternativas, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da benesse, previstos no art. 44 do Código Penal, que estabelece que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Nesse sentido, a ordem deve ser parcialmente concedida nesse ponto, apenas para afastar a vedação contida nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar o eventual preenchimento pelo paciente dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da referida substituição, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

Quanto ao modo de cumprimento de pena fixado ao paciente, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do regime inicial **fechado**, sem, no entanto, tecer maiores considerações (fl. 21).

O Tribunal de origem, por seu turno, manteve inalterada a fixação do modo inicialmente mais gravoso, consoante a seguir descrito (fl. 30):

[...]

A pena privativa de liberdade será cumprida em regime inicial fechado, considerando a gravidade do delito praticado, equiparado aos hediondos, e que merece severa punição. Nesse sentido o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07: "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado."

[...]

Deveras, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 82.959/SP, teve a oportunidade de declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinava que os condenados pela prática de crimes hediondos ou a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Na ocasião, ficou assentado que esse dispositivo legal violava o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

Na oportunidade, acentuou o Ministro Gilmar Mendes que o *princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não restringe à simples fixação da pena in abstracto, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização.*

Nesse contexto, a Sexta Turma deste Superior Tribunal, na esteira de inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, adotou o entendimento segundo o qual, **ante o *quantum* de pena aplicado e considerando as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.**

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N.º 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. 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. [...]

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

(HC n. 168.432/MS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 5/10/2011)

No mesmo norte, tem-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: HC n. 101.291/SP, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 12/2/2010.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

E, na hipótese que se apresenta, mostra-se devida a imposição do regime inicial **fechado** de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, a, e 3º, do Código Penal, pois, não obstante a fixação de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, verifica-se a diversidade de drogas apreendidas em poder do paciente, a saber, **33 porções de cocaína e 12 trouxinhas de maconha**, todas embaladas individualmente, sendo certo que o tráfico de drogas **envolveu um adolescente**, com o qual ainda foram apreendidas **4 porções de crack**, substância entorpecente cuja nocividade é, a toda evidência, maior do que a de outras drogas, uma vez que dotada de alto poder viciante.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem, apenas para afastar a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, determinando ao Juízo das Execuções que analise o eventual preenchimento pelo paciente dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da substituição pretendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0085820-3

HC 204.007 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4129511520108260000 4202010 50100103600 990104129516

EM MESA

JULGADO: 29/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO FRANCISCO DA SILVA (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), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

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