



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.336 - SP (2011/0206759-1)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : ADRIANA TESTI TIRELLI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRANDON DO NASCIMENTO MATIAS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE POSSUIDOR DE MAUS ANTECEDENTES. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Mostra-se inviável afastar a conclusão acerca de maus antecedentes quando não é trazida à colação cópia da folha de antecedentes penais do paciente, pois fica inviável aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente *writ*, o acusado não ostentava, de fato, condenação anterior transitada em julgado geradora de maus antecedentes.

2. Reconhecida a ausência de bons antecedentes do paciente, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu favor, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão dessa benesse aos possuidores de maus antecedentes.

3. 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.

4. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado e considerando-se 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.

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 restritiva 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.

6. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que, além de o paciente ter sido condenado à reprimenda superior a 4 anos, essa matéria não foi apreciada nem pelo Juiz sentenciante nem pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

7. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.

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, conhecer parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nessa extensão, a denegar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.
Brasília, 04 de setembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.336 - SP (2011/0206759-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Brandon do Nascimento Matias**, apontando como autoridade coatora a Primeira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento à Apelação n. 990.10.191536-7, interposta pela defesa, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 6 anos de reclusão, e multa, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em regime inicial fechado.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que as instâncias ordinárias teriam utilizado **processos penais em andamento** para a exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes, bem como para o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em inobservância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

Destaca que o trânsito em julgado da referida condenação sobreveio apenas após o cometimento do delito ora analisado, razão pela qual não poderia ser sopesado como maus antecedentes.

Reconhecida a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3, defende que deveria ser fixado ao paciente o regime **aberto** de execução e ser realizada a **substituição** da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer a concessão da ordem para que:

a) sejam afastados os maus antecedentes e, conseqüentemente, seja a pena-base reduzida ao mínimo legal;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

b) seja aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, e no patamar máximo de 2/3;

c) seja fixado o regime aberto de execução; e

d) seja a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

Ante a suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade tida como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.336 - SP (2011/0206759-1)

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 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 7/11/2008, trazia consigo, para fornecimento a terceiros, um saquinho com **22 papелotes de cocaína, com peso líquido de 7 gramas**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além da quantia de R\$ 114,00 (cento e catorze reais) em espécie (fls. 12 e 23).

Inconformada, a defesa interpôs apelação no Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento a fim de afastar a aplicação da agravante genérica da reincidência e, conseqüentemente, reduzir a reprimenda do paciente a 6 anos de reclusão, e multa, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Relativamente à alegação de que o Juiz sentenciante teria analisado de maneira equivocada a circunstância judicial dos **antecedentes**, colhe-se da sentença condenatória o trecho a seguir descrito, no que interessa (fl. 17 – grifo nosso):

[...] passa-se à dosagem de pena aplicável.

Trata-se de réu com registro de antecedentes criminais (fls. 145/146) e com registro de reincidência específica (fls. 76 e 143).

[...]

Assim, à luz do contido no artigo 59 do Código Penal, fixa-se a pena-base em seis anos de reclusão, e 600 dias-multa.

Não há circunstâncias atenuantes genéricas a considerar.

A reincidência registrada, circunstância agravante genérica, permite a exasperação da pena à razão de um terço, perfazendo oito anos de reclusão, e 800 dias-multa.

A Corte estadual, por sua vez, assim se manifestou em relação à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeira e à segunda etapa da dosimetria da pena (fls. 25/26 – grifo nosso):

[...]

A r. sentença fixou a pena-base em 6 (seis) anos, portanto, acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes e, na segunda etapa do cálculo, impôs novo acréscimo, de um terço, agora pela nódoa recidiva, o que não pode prevalecer.

Primeiro porque os dois acréscimos têm a mesma origem, a vida anteacta do réu, e a incidência em duas e distintas etapas do cálculo de pena acaba provocando o indesejável *bis in idem*.

Segundo porque inexistente nódoa recidiva a ser aplicada, já que o réu era primário quando da prática do crime.

A certidão referida pela douta julgadora para demonstrar a reincidência específica (fls. 76 e 143) não servia para tanto, pois nela se lê que a decisão condenatória só transitou em julgado para o acusado em 14/11/2008, ou seja, depois da data da prática do delito aqui versado, ou seja, 07/11/2008.

Sendo assim, o segundo acréscimo, de uma terça parte, em razão da reincidência, deve ser afastado. **Permanece apenas a elevação por conta dos maus antecedentes, bem demonstrado nos autos.**

[...]

E embora a impetrante sustente que tenha havido equívoco na análise desse elemento judicial, constata-se que a documentação colacionada aos autos é insuficiente para infirmar a asserção feita pelas instâncias ordinárias quando da primeira etapa da dosimetria, tendo em vista que não foi juntada aos autos a folha de antecedentes penais do paciente, o que não permite aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente *writ*, as condenações constantes das fls. 145/146 dos autos principais não eram, de fato, geradoras de maus antecedentes.

Cumprido ressaltar que cabe ao impetrante a comprovação, de plano, dos argumentos vertidos na ordem, sob pena de inviabilizar a aferição do alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente.

Aliás, consoante já decidiu este Superior Tribunal, *a deficiente instrução do writ inviabiliza o enfrentamento da alegação de que teriam sido utilizadas condenações sem trânsito em julgado a título de maus antecedentes* (HC n. 141.587/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/2/2011).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a Corte estadual entendeu inviável reconhecê-la em favor do paciente, *diante da expressa vedação legal* (fl. 37).

Do trecho anteriormente transcrito, verifica-se que foi negada ao paciente a benesse em comento, em razão de ter sido reconhecida a **ausência de bons antecedentes**, motivo pelo qual se mostra inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu favor, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão dessa benesse aos possuidores de maus antecedentes.

A propósito, confira-se o disposto no mencionado dispositivo legal:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, **desde que o agente seja primário, de bons antecedentes**, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Quanto ao modo de cumprimento de pena fixado ao paciente, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do **regime inicial fechado**, consoante a seguir descrito (fl. 18):

[...]
Tendo-se em conta recente legislação para as condutas catalogadas como hediondas, fixa-se o regime prisional inicial fechado. Fica, assim, rejeitado pedido defensorial para fixação de regime mais brando.
[...]

O Tribunal de origem, por sua vez, entendeu devida a fixação do regime inicialmente mais gravoso, conforme *expressa disposição legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos (com a redação dada pela Lei n. 11.464/07)* – fl. 26.

Deveras, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 de que, **ante o *quantum* de pena aplicado e considerando-se 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**.

Em outros termos, 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

E, se dúvida existia acerca da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados por tráfico de drogas, essa incerteza restou superada, considerando que o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, por ocasião do julgamento do HC n. 104.339, conforme notícia publicada em 10/5/2012, na página eletrônica daquele Tribunal:

Regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas é inconstitucional

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu parcialmente habeas corpus para que um homem preso em flagrante por tráfico de drogas possa ter o seu processo analisado novamente pelo juiz responsável pelo caso e, nessa nova análise, tenha a possibilidade de responder ao processo em liberdade. Nesse sentido, a maioria dos ministros da Corte declarou, incidentalmente*, a inconstitucionalidade de parte do artigo 44** da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes.

A decisão foi tomada no Habeas Corpus (HC 104339) apresentado pela defesa do acusado, que está preso desde agosto de 2009. Ele foi abordado com cerca de cinco quilos de cocaína, além de outros entorpecentes em menor quantidade.

Argumentos

O relator do caso, ministro Gilmar Mendes, afirmou em seu voto que a regra prevista na lei “é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípios”.

O ministro afirmou ainda que, ao afastar a concessão de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provisória de forma genérica, a norma retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, “analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais”.

Segundo ele, a lei estabelece um tipo de regime de prisão preventiva obrigatório, na medida em que torna a prisão uma regra e a liberdade uma exceção. O ministro lembrou que a Constituição Federal de 1988 instituiu um novo regime no qual a liberdade é a regra e a prisão exige comprovação devidamente fundamentada.

Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes indicou que o *caput* do artigo 44 da Lei de Drogas deveria ser considerado inconstitucional, por ter sido editado em sentido contrário à Constituição. Por fim, destacou que o pedido de liberdade do acusado deve ser analisado novamente pelo juiz, mas, desta vez, com base nos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

O mesmo entendimento foi acompanhado pelos ministros Dias Toffoli, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Celso de Mello e pelo presidente, ministro Ayres Britto.

Fiança e liberdade provisória

De acordo com o ministro Dias Toffoli, a impossibilidade de pagar fiança em determinado caso não impede a concessão de liberdade provisória, pois são coisas diferentes. Segundo ele, a Constituição não vedou a liberdade provisória e sim a fiança.

O ministro Toffoli destacou regra da própria Constituição segundo a qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantida quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Liberdade como regra

“A regra é a liberdade e a privação da liberdade é a exceção à regra”, destacou o ministro Ayres Britto. Ele lembra que chegou a pensar de forma diferente em relação ao caso: “eu dizia que a prisão em flagrante em crime hediondo perdura até a eventual sentença condenatória”, afirmou, ao destacar que após meditar sobre o tema alcançou uma compreensão diferente.

O presidente também ressaltou que, para determinar a prisão, é preciso que o juiz se pronuncie e também que a continuidade dessa prisão cautelar passe pelo Poder Judiciário. “Há uma necessidade de permanente controle da prisão por órgão do Poder Judiciário que nem a lei pode excluir”, destacou.

O ministro Celso de Mello também afirmou que cabe ao magistrado e, não ao legislador, verificar se se configuram ou não, em cada caso, hipóteses que justifiquem a prisão cautelar.

Assim, reconhecida a inconstitucionalidade dos aludidos óbices legais contidos nos arts. 44 da Lei n. 11.343/2006 e 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, deve a ordem ser parcialmente concedida nesse ponto, apenas para afastar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obrigatoriedade de imposição do regime inicialmente mais gravoso, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar a **eventual** possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado ao paciente, considerando o *quantum* de pena aplicado, a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida, bem como as demais circunstâncias do caso concreto, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

Relativamente à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se que, além de o paciente ter sido condenado à pena de 6 anos de reclusão – superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal –, essa matéria não foi analisada nem pelo Juiz sentenciante nem pelo Tribunal de origem, o que impede a apreciação dessa questão diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir na indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0206759-1

HC 217.336 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 22622008 499436520088260564 990101915367

EM MESA

JULGADO: 04/09/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANA TESTI TIRELLI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRANDON DO NASCIMENTO MATIAS

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, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta extensão, a denegou, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.