



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.342 - MS (2010/0136447-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
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 : PABLO MIGUEL GOMES DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. ANÁLISE. VIA INADEQUADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. O Paciente – preso em flagrante delito na posse de 03 (três) papérolas de "cocaína", pesando aproximadamente 0,6g (seis decigramas) e 09 (nove) porções de "maconha", pesando aproximadamente 68g (sessenta e oito gramas) – foi condenado às penas de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 167 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

2. O Tribunal de origem, após análise detida das provas dos autos, entendeu estar suficientemente comprovada a prática do delito de tráfico ilícito de drogas. Nesse contexto, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, apreciar o pleito de desclassificação da conduta de tráfico para uso de entorpecentes, dada a necessidade de aprofundado exame do acervo fático-probatório.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a fim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento.

5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de março de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.342 - MS (2010/0136447-2)

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 : PABLO MIGUEL GOMES DOS SANTOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PABLO MIGUEL GOMES DOS SANTOS, condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que deu provimento à apelação do Ministério Público para reformar a sentença que concluíra pela existência do delito previsto no art. 28 do mesmo diploma legal, assim ementado:

"EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL - PEDIDO DE CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES - POSSIBILIDADE - CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO DEMONSTRANDO MATERIALIDADE E AUTORIA - DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS UNÍSSONOS E HARMÔNICOS - RECURSO PROVIDO." (fl. 16)

Alega a Impetrante, em suma, não haver suporte probatório demonstrando a ocorrência do crime de tráfico e, ainda, ser cabível a fixação do regime aberto ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pede, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão impetrado.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 179/180.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 187/199, opinando pelo conhecimento em parte da impetração e, nessa extensão, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.342 - MS (2010/0136447-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. ANÁLISE. VIA INADEQUADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. O Paciente – preso em flagrante delito na posse de 03 (três) papérolas de "cocaína", pesando aproximadamente 0,6g (seis decigramas) e 09 (nove) porções de "maconha", pesando aproximadamente 68g (sessenta e oito gramas) – foi condenado às penas de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 167 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

2. O Tribunal de origem, após análise detida das provas dos autos, entendeu estar suficientemente comprovada a prática do delito de tráfico ilícito de drogas. Nesse contexto, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, apreciar o pleito de desclassificação da conduta de tráfico para uso de entorpecentes, dada a necessidade de aprofundado exame do acervo fático-probatório.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento.

5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):

Consta dos autos que o ora Paciente foi preso em flagrante delito no dia 18/06/2009, na posse de 03 (três) papелotes de "cocaína", pesando aproximadamente 0,6g (seis decigramas); 09 (nove) porções de "maconha", pesando aproximadamente 68g (sessenta e oito gramas), além de 01 (uma) peneira com resquícios de droga, mais a quantia de R\$ 37,00 (trinta e sete) reais.

O Ministério Público estadual denunciou o acusado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006; porém, o Juízo sentenciante julgou parcialmente procedente a denúncia, condenado o Paciente pela prática do delito capitulado no art. 28 da Lei de Tóxicos. Por ocasião da sentença proferida em 21/10/2009, o Juízo de primeiro grau determinou a expedição de alvará de soltura em favor do sentenciado.

Inconformado, o *Parquet* interpôs recurso de apelação, que restou provido pela Corte de origem para condenar o Paciente à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Busca-se no presente *writ*, de início, seja a conduta do Paciente desclassificada para o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial, valendo-se dos seguintes fundamentos, *ad litteram*:

"[...]"

O apelado confessou, na fase policial (13/15), que vendia droga já havia alguns meses:

'QUE o interrogando informa que é usuário de substância tipo 'MACONHA' há cinco anos, e esclarece que passou a vender droga há dois meses, sendo que prepara 'paradinhas' tanto de maconha quanto de 'pasta base de cocaína' no valor de R\$ 5,00 (cinco reais) cada parada; QUE o interrogando alega que nunca vendeu droga na sua residência, razão pela qual, seus familiares não tinham conhecimento de que o interrogando vendia droga; QUE, o interrogando alega que passou a vender droga há dois meses, em razão de estar desempregado e para angariar algum dinheiro, passou a vender 'paradinhas' de Maconha e Pasta Base de Cocaína pelo valor de R\$ 5,00 (cinco Reais) nas ruas do bairro Pioneira (...), onde encontrava-se a genitora do interrogando que franqueou a entrada dos policiais militares que realizaram buscas no interior do imóvel, e no quarto onde o interrogando dorme, foi encontrado no interior da gaveta do criado mudo nove porções de 'Maconha', bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como, três papелotes de 'Pasta Base de Cocaína', todos preparados para a venda; QUE além das drogas foi encontrado pelos policiais uma peneira de plástico que o interrogando utiliza para peneirar a pedra de 'Pasta Base de Cocaína' e confeccionar as 'Paradinhas' (...) o interrogando alega ainda, que a importância de R\$ 37,00 (trinta e sete reais) são provenientes da venda de droga e estava guardado na mesma sacola onde estavam as drogas (...)'

Em que pese, o apelado ter se retratado em Juízo, negando a comercialização de drogas, alegando que o entorpecente se destinava ao seu consumo, e que o dinheiro apreendido era fruto de trabalho lícito, o apelado não conseguiu trazer aos autos, nada que comprove suas afirmações.

Ademais, a confissão extrajudicial do apelado, foi corroborada pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão.

[...]

Saliento que todas as declarações feitas pelos policiais militares foram ratificadas em Juízo, e apesar de o apelado negar em Juízo que traficava entorpecente, o exame dos autos e a análise dos depoimentos dos policiais militares, são uníssomos no sentido de que o apelante de fato vendia drogas." (Fls. 17/18)

Constata-se, a partir das transcrições do acórdão impugnado, que o Tribunal de origem, após análise detida das provas dos autos, concluiu estar suficientemente comprovada a prática do delito de tráfico ilícito de drogas.

Desse modo, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, apreciar o pleito de desclassificação da conduta de tráfico para uso de entorpecentes, dada a necessidade de aprofundado exame do acervo fático-probatório.

Vejam-se, por oportuno, os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE QUE O PACIENTE SERIA APENAS USUÁRIO DE DROGAS. EXAME DE PROVA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA.

1. Descabe, na estreita via do writ, proceder ao aprofundado reexame de fatos e provas para se apreciar o pleito de desclassificação da conduta de tráfico para a de uso de entorpecentes ou para rever a conclusão de que o acusado se dedica à atividade criminosa. Precedentes.

2. O reconhecimento de que o Paciente se dedica a dedicar-se a atividade criminosa do tráfico de drogas, considerando a dinâmica dos fatos delituosos e com indicação de elementos concretos, é circunstância que, de per, si impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

3. Ordem denegada." (HC 176.963/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 22/08/2011.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES PARA DELITO DE POSSE PARA USO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NECESSIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I - O writ é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inciso LXVIII).

II - É inviável, na via estreita do habeas corpus, revisar matéria fático-probatória com a finalidade de desclassificação do crime de tráfico de entorpecente para o delito de posse para uso próprio, sobretudo se as instâncias ordinárias, soberanas na análise fática dos autos, consideraram que a autoria restou evidenciada, bem como que a prova da materialidade do crime são suficientes para a condenação imposta.

III - Ordem não conhecida, nos termos do voto do Relator." (HC 192.654/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 28/04/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DOS FATOS PARA O ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1) Inviável, em tema de "habeas corpus", o exame de questão que exige o revolvimento do conjunto de provas, como a desclassificação do crime de tráfico para uso de substância entorpecente.

2) A desclassificação pretendida pelo paciente ultrapassa os limites deste "writ" e, como tal, a ordem deve ser denegada, por inadequação da via eleita.

3) Ordem denegada." (HC 126.270/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe de 24/05/2010.)

É oportuno ressaltar, ainda, que o Tribunal de Justiça impetrado, ao julgar a Revisão Criminal n.º 2011.032998-0/0000-00, cuja cópia do acórdão ora faço juntar aos autos, indeferiu o pedido revisional formulado pelo Paciente, confirmando estar comprovada a traficância. Confira-se, a propósito, a ementa do referido julgado:

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO (0,6 DECIGRAMAS DE COCAÍNA E 68 GRAMAS DE MACONHA) – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS – REJEITADA – TRAFICÂNCIA COMPROVADA — REVISÃO CRIMINAL INDEFERIDA.

Não há que se falar em desclassificação para uso de estupefacientes quando a traficância restou demonstrada não só pela confissão extrajudicial do réu e depoimentos testemunhais, como também pela variedade e acondicionamento da droga apreendida."

De outra parte, no tocante aos pedidos de fixação do regime prisional aberto e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ordem comporta concessão.

Quanto ao alegado direito à substituição da reprimenda corporal, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

*5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente” (HC 97.256/RS, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)*

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira:

"PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO. PENA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Diante do quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal.

2. "A vedação da substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 conflita com o princípio da individualização - Habeas Corpus nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apreciado no Plenário, com julgamento finalizado em 1º de setembro de 2010" (HC-101.205, STF, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe de 8/10/2010.)

3. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg. no HC 121.111/SP, SEXTA TURMA, Rel. Ministro CELSO LIMONGI – Desembargador convocado do TJ/SP, DJe de 17/12/2010; sem grifo no original.)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO NA NOVA LEI DE DROGAS. INTEGRALIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS. HC N.º 97.257/RS. AUSÊNCIA DE CÔMPUTO DA MAJORANTE. OMISSÃO VERIFICADA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a nova Lei de Tóxicos pode ser aplicada aos delitos de tráfico ilícito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de drogas cometidos sob a égide do antigo diploma legal, desde que na sua integralidade.

2. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no § 4.º do art. 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, é imperiosa a aplicação da aludida minorante.

3. Na hipótese, preenchidos os requisitos legais, deve ser aplicada a causa de diminuição no seu patamar máximo (2/3), conforme já afirmado no acórdão ora embargado, levando-se em consideração que foram apreendidos 13,22 g (treze gramas e vinte e dois decigramas) de "maconha".

4. O Paciente foi condenado, como incurso no art. 12, caput, c.c. o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, tendo sido mantida a majorante no art. 40, inciso III, da nova Lei de Drogas. Desse modo, faz-se necessário o cômputo dessa causa de aumento na pena reformada pelo acórdão embargado.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06.

6. Assim, no caso em apreço, levando-se em conta a nova orientação perfilhada no Pretório Excelso, deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos fixados pela Corte de origem.

7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, nos termos explicitados." (EDcl no HC 122.269/MG, QUINTA TURMA, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 22/11/2010; sem grifo no original.)

No que diz respeito ao regime de cumprimento da pena – não obstante o regime inicial fechado seja imposto aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 –, a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do referido HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, impõe-se, neste caso, a adequação também do regime, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, com a fixação de regime prisional mais brando, compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.

Nesse sentido, já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

"Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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/SP, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 21/02/2011.)

E também este Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

III. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em 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 que vedavam a substituição da pena.

IV. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida 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. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS 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 à adequação do regime prisional.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 196.199/RS, QUINTA TURMA, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 14/04/2011.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre reprisar a advertência oportunamente levantada pelo eminente Ministro Gilson Dipp, por ocasião do julgamento acima referido:

"Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que se inicie o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07, mas tão somente de 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 em 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”, 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.

Desta forma, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente 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."

No caso em apreço, tendo em vista tratar-se de réu primário, de bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, com aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo, preenche o ora Paciente os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, por conseguinte, faz jus ao regime inicial aberto.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE da impetração e, nessa extensão, CONCEDO a ordem para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0136447-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 180.342 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1090368275 20100108314

EM MESA

JULGADO: 06/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

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 : PABLO MIGUEL GOMES DOS SANTOS

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 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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.