



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.051 - SP (2011/0093524-8)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : **JOÃO GILBERTO ZUCCHINI**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **GLAUBER LUCAS MARTINS**

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEGISLAÇÃO. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não afasta a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos.

2. 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.

3. 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.

4. No caso, apesar do reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes, a quantidade e forma de acondicionamento da droga – 37 (trinta e sete) porções de maconha, armazenadas em recortes de filme de PVC transparente, pesando pouco mais de 200 g (duzentos gramas).

5. Dentro das mesmas balizas, mostra-se inviável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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

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 Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargador convocado do TJ/RS) 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, 06 de setembro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.051 - SP (2011/0093524-8)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Glauber Lucas Martins, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto nos art. 33, **caput**, c/c o § 4º, da Lei 11.343/06, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa.

Insurgindo-se contra a sentença, apelaram o Ministério Público e a defesa. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso.

No presente *writ*, alega o impetrante, em resumo, que, aplicada a figura do tráfico privilegiado e favoráveis as circunstâncias judiciais, teria o paciente direito a iniciar o cumprimento da reprimenda no regime aberto e faria jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer seja concedida a ordem para fixar o regime aberto para cumprimento da pena, bem como a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos, expedindo-se em favor do paciente alvará de soltura.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República opina pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.051 - SP (2011/0093524-8)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Conforme relatado, o paciente foi condenado em razão de ter sido surpreendido pela polícia mantendo em depósito **37 (trinta e sete) porções de maconha, acondicionadas em recortes de filme de PVC transparente, pesando um total de 203,82 g (duzentos e três gramas e oitenta e dois centigramas)**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Sustenta o impetrante que a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, permitiria, neste caso, a aplicação do regime aberto, bem como a substituição da reprimenda corporal pela restritiva de direitos.

De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, **não afasta a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos.**

A propósito, veja-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. PROGRESSÃO DE REGIME. CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO ART. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90.

1. Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, o pensamento legislativo se direcionou para aqueles crimes mais aviltantes e com expressiva lesividade.

2. A nova Lei de Tóxicos previu, em seu art. 33, § 4º, a possibilidade de se impor diminuição na pena fixada para o tráfico de drogas, quando o agente ou traficante for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

3. Tal circunstância, contudo, não retira do delito a sua hediondez ou sua considerável lesividade.

4. Impossibilidade, em casos tais, de ser concedida a progressão de regime após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, devendo ser observado o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, que prevê o cumprimento de 2/5 (dois quintos) se o réu for primário e 3/5 (três quintos) se reincidente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Ordem denegada.*

(HC 180.631/MS, de minha relatoria, DJe 7/2/2011)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INDULTO OU COMUTAÇÃO. DECRETO 6.706/08. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INCIDÊNCIA NA QUANTIDADE DE PENA E NÃO NA NATUREZA DO ILÍCITO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. *Não é possível a concessão da comutação da pena, espécie de indulto, a condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, delito equiparado a hediondo. Inteligência dos arts. 2º, I, da Lei 8.072/90 e 8º do Decreto 6.706/08.*

2. *A Quinta Turma deste Superior Tribunal já se manifestou no sentido de que a incidência da causa de diminuição de pena não elide o caráter hediondo do crime, uma vez que interfere apenas na quantidade de pena a ser aplicada e não na natureza do ilícito penal (tráfico ilícito de entorpecentes).*

(HC 147.982/MS, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 21.6.2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INDULTO CONCEDIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PROVIDO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.

1. *É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que o benefício do indulto não pode ser concedido aos condenados por tráfico de entorpecentes.*

2. *A circunstância de ter sido o paciente beneficiado com a redução de pena previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006 não serve como fundamento para concessão de indulto, porque a tipicidade do delito, tráfico de entorpecentes, não sofreu alteração.*

3. *Constrangimento ilegal não caracterizado.*

(HC 167.120/MS, Sexta Turma, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJe de 21.3.2011)

De outra parte, embora incontestado o caráter hediondo da infração penal, tenho por viável a fixação do regime prisional diverso do inicial fechado.

Com efeito, por ocasião do julgamento do HC-167.849/MG (sessão do dia 25.5.2010), salientei que, com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 5.10.2009)

O Supremo Tribunal Federal também 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, na espécie, perfeitamente aplicável o regime semiaberto, cuidando-se, como visto, **de réu primário e com bons antecedentes**, para o cumprimento da pena de 1 (um) ano e 8 (oito) 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 a forma de acondicionamento da droga – **37 (trinta e sete) porções de maconha, acondicionadas em recortes de filme de PVC transparente, pesando pouco**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais de 200 g (duzentos gramas) – não recomenda 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 ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0093524-8

HC 205.051 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11342009 990102465900

EM MESA

JULGADO: 06/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOÃO GILBERTO ZUCCHINI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GLAUBER LUCAS MARTINS

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 Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.