



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.012 - SP (2010/0089626-3)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ANTUNES CONCEIÇÃO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

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 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.

3. No caso, apesar de se tratar de réu primário e com bons antecedentes, a quantidade e o tipo de entorpecente – foram apreendidos 15 (quinze) invólucros de *crack*, 5 (cinco) invólucros de cocaína e 17 (dezessete) papелotes de maconha –, recomendam a manutenção do regime fechado para início da expiação.

4. 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, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 06 de outubro de 2011 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.012 - SP (2010/0089626-3)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em benefício de Fernando Antunes Conceição da Silva, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem lá impetrada.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante – por trazer consigo **15 (quinze) invólucros de crack, 5 (cinco) invólucros de cocaína e 17 (dezessete) papелotes de maconha** – e condenado à pena de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, a ser cumprida inicialmente em **regime fechado**, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela suposta prática do crime previsto no art. 33, **caput**, e § 4º, da Lei nº 11.343/06, negado o direito de recorrer em liberdade.

Sustenta a defensoria-impetrante que a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 afasta a equiparação do tráfico de drogas a delito hediondo e, conseqüentemente, a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado.

No mérito, pugna pela fixação do regime aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou, subsidiariamente, a concessão do sursis.

Liminar indeferida à e-fl. 31.

Prestadas as informações de estilo, os autos seguiram ao Ministério Público Federal, que opinou pela conhecimento parcial e, nessa parte, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.012 - SP (2010/0089626-3)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): A irresignação não merece acolhimento.

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 da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime nos 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 convolação, 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)

No caso, apesar de tratar-se de réu primário e com bons antecedentes, entendo que a quantidade e o tipo de entorpecente – lembro: foram apreendidos 15 (quinze) invólucros de crack, 5 (cinco) de cocaína e 17 (dezessete) de maconha,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recomendam a manutenção do regime fechado para início da expiação.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. MATÉRIA APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CASO O APENADO SATISFAÇA OS REQUISITOS LEGAIS. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. VEDAÇÃO. MANUTENÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. A matéria relativa à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi apreciada pelo Tribunal de origem, quando do julgamento do Habeas Corpus 1.137.654.3/1-00, possibilitando o seu conhecimento por esta Corte.

2. Esta Corte, em reiterados precedentes, tem admitido a aplicação retroativa da Lei n.º 11.343/06 na sua integralidade, desde que seja mais benéfica ao réu, diante da impossibilidade de combinação de lei anterior e posterior.

3. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 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, a quantidade da droga, por si só, não tem o condão de impedir a aplicação da minorante, sob pena de se criar condição não prevista em lei. Precedentes.

4. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

5. A minorante deve ser aplicada no mínimo legal, considerada a grande quantidade e a natureza da droga apreendida (700 comprimidos de ecstasy), para que a reprimenda seja proporcionalmente necessária e suficiente à reprovação da conduta.

6. Hipótese em que a aplicação da minorante não se revela mais favorável ao paciente.

7. Deve ser mantido o regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelo paciente, ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mormente em razão da quantidade da droga apreendida, sendo inviável, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *Ordem denegada.*

(HC 130.971/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA – DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS, SEXTA TURMA, julgado em 1º/9/2011, DJe 26/9/2011)

À vista do exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0089626-3

HC 173.012 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1610120090174182 9762009 990093638703

EM MESA

JULGADO: 06/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FERNANDO ANTUNES CONCEIÇÃO DA SILVA

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, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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