



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.727 - ES (2012/0115356-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GUSTAVO VASCONCELOS CERQUEIRA MOTTA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : RAFAEL FERRAZ DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.ºS 440 DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, porque no dia 12/03/2011 foi preso em flagrante delito, em posse de 09 (nove) pedras (4,3 gramas) de *crack*.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Inteligência das Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. A proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos foi afastada pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, que ensejou a edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções que proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie, bem como que examine o preenchimento pelo Paciente dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, à luz dos elementos constantes nos autos.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 16 de abril de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.727 - ES (2012/0115356-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GUSTAVO VASCONCELOS CERQUEIRA MOTTA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : RAFAEL FERRAZ DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL FERRAZ DE OLIVEIRA, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta nos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 184 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, sendo-lhe vedado recorrer em liberdade.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público para alterar o *quantum* de redução decorrente da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, ao patamar de 1/2, redimensionando as penas impostas para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantendo-se, no mais, o édito condenatório.

Alega o Impetrante, em síntese, o descabimento da fixação do regime inicial fechado e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o Paciente é primário.

Requer, liminarmente, a imediata colocação do Paciente em liberdade e, no mérito, o estabelecimento de regime inicial menos severo, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido nos termos da decisão de fls. 89/90.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 100/101, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 106/109, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.727 - ES (2012/0115356-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.ºs 440 DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, porque no dia 12/03/2011 foi preso em flagrante delito, em posse de 09 (nove) pedras (4,3 gramas) de *crack*.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Inteligência das Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. A proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos foi afastada pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, que ensejou a edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções que proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie, bem como que examine o preenchimento pelo Paciente dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, à luz dos elementos constantes nos autos.

VOTO

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

Consta nos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 184 (cento e oitenta e quatro) dias-multa, porque, no dia 12/03/2011, foi preso em flagrante delito, em região conhecida como ponto de venda de drogas, com 09 (nove) pedra (4,3 gramas) de *crack*, além de R\$ 12,00 (doze reais).

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministério Público para alterar o *quantum* de redução decorrente da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, ao patamar de 1/2, redimensionando as penas impostas para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantendo-se, no mais, o édito condenatório.

No *writ*, busca-se, em síntese, o estabelecimento de regime inicial menos severo, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Inicialmente, no tocante ao regime de cumprimento de pena, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90, e afastou a obrigatoriedade de, aprioristicamente, fixar-se o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas, tendo em vista que a mencionada regra contraria o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido no mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/2 (UM MEIO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente, preso em flagrante delito no dia 26/01/2011, foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no art. 33, caput, c.c. o § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

2. 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 Tóxicos.

3. Na espécie, a natureza da droga apreendida - 44 (quarenta e quatro) porções de "cocaína" acondicionadas em pequenos tubos do tipo "ependorf", com peso líquido de 33,4 (trinta e três gramas e quatro decigramas) -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Afastado o óbice legal à conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, pela Resolução n.º 05/2012 do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar o cabimento da conversão da reprimenda à luz do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, bem como para estabelecer o regime prisional adequado." (HC 245.858/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013.)

Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Confirmam-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." (Súmula n.º 440 do STJ)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719 STF)

De outra parte, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da referida regra.

A propósito, veja-se o seguinte precedente desta Corte Superior de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 legal, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, sendo possível a pena substitutiva aos traficantes de drogas, desde que preenchidos os pressupostos do art. 44 do Código Penal.

2. No caso concreto, mostra-se viável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos aos agravados, condenados a pena definitiva inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal favoráveis e sendo pequena a quantidade de material tóxico apreendido - 20 (vinte) pedras de crack e 1 (uma) porção de Cannabis Sativa L.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.330.133/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 15/02/2013.)

Assim, afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, deve o Juízo competente analisar se o Condenado preenche ou não os requisitos para a obtenção da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal, pois inconstitucional o fundamento adotado para não reconhecer tal direito.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para determinar ao Juízo das Execuções que proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie, bem como que examine o preenchimento pelo Paciente dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz dos elementos constantes nos autos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0115356-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 244.727 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14110022796 562011

EM MESA

JULGADO: 16/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ODIM BRANDÃO FERREIRA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GUSTAVO VASCONCELOS CERQUEIRA MOTTA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : RAFAEL FERRAZ DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).