



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.871 - SP (2013/0097528-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MAURICIO CLEUDIR SAMPAIO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIEL GOMES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. SUPERVENIENTE PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO MAIS, DENEGADA.

1. Resta prejudicado o pedido de fixação de regime inicial aberto, diante da notícia de que foi concedida ao Paciente a progressão ao regime aberto, na execução da pena *sub judice*.

2. 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.

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida (243 comprimidos de ecstasy e uma porção de cocaína, contendo 0,2 gramas). Precedentes.

4. Ordem de *habeas corpus* parcialmente prejudicada e, no mais, denegada.

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, julgar parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.871 - SP (2013/0097528-1)

IMPETRANTE : MAURICIO CLEUDIR SAMPAIO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIEL GOMES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARIEL GOMES DA SILVA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o Paciente - preso em flagrante, em 06/05/2006, com 243 comprimidos de ecstasy e uma porção de cocaína, contendo 0,2 gramas, e colocado em liberdade provisória em 21/03/2007 - foi condenado às penas de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 19 dias-multa, como incurso no art. 12 da Lei n.º 6.368/76, c.c. o art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Foram interpostos recursos de apelação pela Defesa e pelo Ministério Público, restando negado o recurso em favor do Paciente e provido o recurso ministerial, para aumentar a pena aplicada ao Paciente para 3 anos de reclusão, em regime fechado, e 50 dias-multa.

Em sede de embargos infringentes e de nulidade opostos por corréus, a pena privativa de liberdade foi reduzida para 1 ano e 8 meses de reclusão.

Transitada em julgado a condenação, foi expedido mandado de prisão contra o Paciente, cumprido em 18/02/2013.

No presente *writ*, sustenta-se que não se deve manter o regime fechado de cumprimento da pena, pois as circunstâncias judiciais lhe foram favoráveis, além de permanecer preso por mais de metade da pena que lhe foi imposta.

Alega, ainda, que a vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos não mais prevalece no sistema normativo, devendo ser aplicada a conversão ao Paciente.

Requer, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime aberto para cumprimento da pena e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferi o pedido liminar às fls. 130/131.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 141/196, com a juntada de documentos pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 200/203, opinando pelo não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.871 - SP (2013/0097528-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. SUPERVENIENTE PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO MAIS, DENEGADA.

1. Resta prejudicado o pedido de fixação de regime inicial aberto, diante da notícia de que foi concedida ao Paciente a progressão ao regime aberto, na execução da pena *sub judice*.

2. 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.

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida (243 comprimidos de ecstasy e uma porção de cocaína, contendo 0,2 gramas). Precedentes.

4. Ordem de *habeas corpus* parcialmente prejudicada e, no mais, denegada.

VOTO

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

Como relatado, o Paciente foi preso em flagrante com 243 comprimidos de ecstasy e uma porção de cocaína, contendo 0,2 gramas, e condenado como incurso no art. 12 da Lei n.º 6.368/76, c.c. o art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. A condenação restou fixada, em embargos infringentes e de nulidade, em 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime fechado, e 19 dias-multa.

Busca-se, neste *writ*, fixação do regime aberto para cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

De início, registro que o pedido de fixação de regime aberto para cumprimento da pena está prejudicado, pois, consoante informações obtidas no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, juntadas aos autos, foi concedida ao Paciente progressão ao regime aberto, em 04/06/2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao pleito de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, cumpre ressaltar que o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável. Isso em razão da natureza e quantidade da droga apreendida **(243 comprimidos de ecstasy e uma porção de cocaína, contendo 0,2 gramas)**.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, 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 RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza da substância apreendida – 11 (onze) "tubetes" de "cocaína" – justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

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 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

5. Na hipótese dos autos, contudo, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos, em razão da natureza da droga apreendida, razão pela qual deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

6. *Ordem denegada.*" (HC 203.626/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 14/10/2011; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. QUEBRA DA INCOMUNICABILIDADE DAS TESTEMUNHAS. MATÉRIA SUSCITADA NAS ALEGAÇÕES FINAIS E NÃO DEBATIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL

1. No processo penal, à exceção das decisões provenientes do Tribunal do Júri, a apelação devolve à instância recursal originária o conhecimento de toda a matéria impugnada, ainda que não tenha sido objeto de julgamento pelo Juiz singular.

2. Assim, a omissão na sentença acerca da tese ventilada pela defesa, na fase de alegações finais, pode ser suprida em segunda instância, não havendo se falar em ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

3. De outra parte, conforme 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.

4. 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.

5. No caso, apesar de tratar-se de ré primária, com bons antecedentes, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, a natureza e a diversidade de droga apreendida – oito porções de maconha, 46 pedras de crack, um invólucro de cocaína – recomendam o estabelecimento do regime semiaberto para o início da expiação.

6. Dentro das mesmas balizas, penso ser não ser socialmente recomendável o deferimento da substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

7. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente." (HC 165.789/MG, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 17/08/2011; sem grifo no original.)

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PREJUDICADA a ordem de *habeas corpus* e, no mais, a DENEGO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0097528-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 267.871 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00357917020068260050 050060357916 357917020068260050 50060357916 6672006
990081929112

EM MESA

JULGADO: 13/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MAURICIO CLEUDIR SAMPAIO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARIEL GOMES DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: LÚCIO SILVA ROZALEN
CORRÉU	: GABRIEL MARQUES BERNARDES

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, julgou parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, denegou a ordem."

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