



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.743 - SP (2011/0221357-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GÊSUS GRECCO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO ALVES DE SOUZA

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. REGIME INICIAL FECHADO APLICADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (*CRACK*). ORDEM CONCEDIDA EM PARTE APENAS PARA FIXAR O REGIME ABERTO.

1. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável.
2. É que a natureza da droga (*crack*) atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "*na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente*".
3. A quantidade de droga apreendida - 10 pedras de *crack* com peso total de 3,7 gramas - não configura expressiva quantia a ensejar a imposição de regime mais gravoso, sendo, portanto, o regime inicial apropriado, na espécie, o aberto, dado que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a reprimenda final postou-se aquém de quatro anos.
4. Condenado o paciente por tráfico de drogas, cuja natureza da substância se revela devastadora (*crack*), não se mostra razoável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. Ordem concedida, em parte, apenas para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea c e § 3º do Código Penal).

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 12 de abril de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.743 - SP (2011/0221357-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GÊSUS GRECCO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO ALVES DE SOUZA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado, com pedido liminar, em favor de RODRIGO ALVES DE SOUZA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0006340-59.2010.8.26.0664).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, tendo-lhe sido garantido o direito à redução da pena nos termos da previsão do § 4º da referida Lei Antidrogas, *verbis*:

RODRIGO ALVES DE SOUZA foi denunciado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 porque nas circunstâncias descritas na denúncia, guardou para fins de tráfico 10 invólucros contendo pedras de "CRAK", com peso total de 3,7 gramas sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

(...)

É o relatório. DECIDO.

A ação deve ser julgada procedente.

A materialidade do crime está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/11); pelo auto de exibição e apreensão (fls. 15/16); pelo laudo do exame químico-toxicológico (fls. 70), pelo laudo do exame grafotécnico (fls. 114/119), bem como pela prova oral produzida.

O réu procurou fazer crer que a droga apreendida em sua casa destinava-se ao seu próprio uso.

Dos objetos apreendidos, disse que apenas o dinheiro lhe pertencia e era proveniente de seu trabalho, negando qualquer vínculo com a balança digital e a anotação indicativa de venda de drogas encontradas no quintal de seu imóvel.

Todavia, mentiu.

Realizado o exame grafotécnico, ficou comprovado que as referidas anotações foram realizadas pelo próprio réu.

A balança digital, outrossim, foi encontrada em perfeito estado de utilização e cuidadosamente escondida nos fundos da casa, conforme relato da polícia.

Consigne-se que o réu resistiu à prisão e tentou fugir mesmo algemado, evidenciando a veracidade das denúncias que pesavam contra ele.

Diante do exposto, não resta nenhuma dúvida de que o réu estava efetivamente traficando drogas em sua casa. Quanto à origem do dinheiro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendido, não é possível afirmar que seja totalmente proveniente do tráfico, uma vez que o réu trouxe aos autos testemunha que afirmou ter contratado seus serviços e lhe pagado a quantia de mil e novecentos reais no final de abril pouco antes da prisão do réu em flagrante.

Entretanto, o êxito do réu em tomar duvidoso o vínculo do dinheiro com a prática do tráfico em nada atrapalha as demais evidências existentes contra ele.

Com efeito, está provado que ele escondia uma balança digital nos fundos de sua casa e mentiu categoricamente sobre a autoria de anotações alusivas ao tráfico constantes de um papel também encontrado nos fundos do seu imóvel.

Ressalte-se, outrossim, que o êxito da polícia em apreender na casa do réu a droga e os objetos referidos acima indicam, primeiro, que realmente existiam denúncias de tráfico contra o réu e, segundo, que elas estavam corretas.

Passo à dosagem da pena.

O réu é primário, de modo que fixo a pena base de em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa pelo tráfico.

Considerando a primariedade, bem como a inexistência de provas de que o réu integre alguma organização criminosa, com fundamento no §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, reduzo a pena decorrente do tráfico, em 2/3 para de 1 ano e 8 meses de reclusão e 167 dias-multa.

Não há outras circunstâncias a serem avaliadas na aplicação da pena.

Posto isso, JULGO PROCEDENTE a ação penal para condenar RODRIGO ALVES DE SOUZA à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e 167 dias-multa pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Tóxicos.

Fixo para o réu o regime fechado, o único compatível com a gravidade do crime praticado, sendo notório que o tráfico de drogas é o motor da criminalidade organizada e atrai milhares de jovens para a dependência e marginalidade, aniquilando suas famílias e desestruturando nossa sociedade, devendo ser duramente reprimido. (fls. 171-173)

A Defesa apelou, requerendo a fixação de regime menos gravoso e substituição da pena privativa, pretensão a qual o Tribunal de origem negou provimento, estando o entendimento assim professado no voto-condutor do acórdão, nestes termos:

Ressalto, de proêmio, que a materialidade e a autoria delitivas não foram questionadas pelo apelante, uma vez que apenas pretende alterações atinentes à fixação do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade. E, nesse passo, sem razão alguma. O regime de cumprimento de pena foi estipulado com correção, devendo ser repelida qualquer afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, posto que a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º, que as penas relativas aos crimes previstos no *caput* deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas **inicialmente em regime fechado**, como acertadamente estabeleceu o nobre magistrado sentenciante.

Inviável, outrossim, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, pois a Lei nº 11.343/2006, eliminando a controvérsia existente a esse respeito, impôs a proibição de tal substituição, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecer, em seu artigo 44, que "os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos." (fl. 147)

Daí o presente *mandamus*, no qual os impetrantes alegam que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois o acórdão manteve a pena privativa de liberdade em *quantum* razoável e, ao contrário, sem fundamento idôneo não adaptou o regime ao legalmente previsto e não lhe garantiu a substituição da pena.

Aduzem que o tráfico privilegiado, previsto no § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/2006, possibilita a aplicação do Código Penal, não sendo possível o entendimento de que a Lei Antidrogas impede situação mais adequada ao Paciente.

Ressalta que o paciente tem direito subjetivo de iniciar o cumprimento da pena em regime aberto, pois preenche os requisitos do artigo art. 33, §2º, alínea "c", do Estatuto Penal, tendo em vista que a pena é inferior a 4 anos de reclusão, não houve violência ou grave ameaça, não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis.

Por fim, sustentam que não há impedimento para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecido o tráfico privilegiado, já que preenchido os requisitos do art. 44, II e III, do mesmo Código Penal.

Requer, liminarmente e no mérito, a modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido, às fls. 268-271, para garantir ao paciente o direito de aguardar em regime aberto o julgamento definitivo deste *writ*.

As informações foram juntadas às fls. 287-339 e 343-354.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 278-284, da lavra do Procurador Regional da República no exercício das funções de Subprocurador-Geral da República Paulo Roberto de Alencar A. Furtado, conforme ementa transcrita:

HABEAS CORPUS. TRAFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. IMPROPRIEDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM.

- Quando a pena aplicada ao réu é inferior a quatro anos e as circunstâncias do art. 44 do Código Penal lhe são favoráveis, pode ser determinado o cumprimento de pena em regime diferente do fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.743 - SP (2011/0221357-1)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. REGIME INICIAL FECHADO APLICADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (*CRACK*). ORDEM CONCEDIDA EM PARTE APENAS PARA FIXAR O REGIME ABERTO.

1. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável.
2. É que a natureza da droga (*crack*) atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "*na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente*".
3. A quantidade de droga apreendida - 10 pedras de *crack* com peso total de 3,7 gramas - não configura expressiva quantia a ensejar a imposição de regime mais gravoso, sendo, portanto, o regime inicial apropriado, na espécie, o aberto, dado que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a reprimenda final postou-se aquém de quatro anos.
4. Condenado o paciente por tráfico de drogas, cuja natureza da substância se revela devastadora (*crack*), não se mostra razoável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. Ordem concedida, em parte, apenas para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea c e § 3º do Código Penal).

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se, na presente impetração, a fixação do regime aberto para início do cumprimento da pena, bem como sua substituição por restritiva de direitos.

Convém tecer algumas considerações.

Tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte)." HC 101291/SP, rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida." (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Assim, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Mister sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Na hipótese vertente, verifica-se que a quantidade de droga apreendida - 10 pedras de *crack* com peso total de 3,7 gramas - não configura expressiva quantia a ensejar a imposição de regime mais gravoso, sendo, portanto, o regime inicial apropriado, na espécie, o aberto, dado que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a reprimenda final postou-se aquém de quatro anos.

Contudo, na espécie, embora a pena tenha sido fixada em 01 (um) ano e 8 (oito) meses, tenho que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não satisfaz a resposta penal. Isso porque a natureza da droga (*crack*) atrai a incidência do disposto no art. 42 da Lei de Drogas, que determina que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Em caso análogo, fixei:

PENAL. TRÁFICO. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO EM PARTE APENAS PARA FIXAR O REGIME ABERTO.

1. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

3. A condenação, com a pena-base no mínimo legal, diante da reprimenda final de um ano e oito meses de reclusão, enseja o regime inicial seja o aberto.

4. Condenado o paciente por tráfico de 3,3 gramas de *crack* e 0,6 gramas de cocaína, não se mostra razoável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem concedida em parte, apenas para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea c e § 3º do Código Penal).

(HC 214961/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 19/10/2011)

Ante o exposto, **concedo em parte**, a ordem, apenas para fixar o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea *c* e § 3º do Código Penal) .

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0221357-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 218.743 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1432010 63405920108260664 6640120100063403 990105759831

EM MESA

JULGADO: 12/04/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GÉBUS GRECCO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RODRIGO ALVES DE SOUZA

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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