



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 195.636 - MG (2011/0017359-1)

RELATOR : **MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : MARIA ELIZABETH VITRAL AMARO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ERIKA FARNEI CAVALCANTE SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS NºS 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS, RECONHECIMENTO DE PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Considerando a quantidade de pena aplicada - 1 ano e 8 meses de reclusão -, reconhecida a primariedade da ré e fixada a pena-base no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto, visto que não supera 4 anos, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes hediondos, eis que alheia às particularidades do caso concreto, consoante vem sendo decidido pela Sexta Turma desta Corte.

2. Muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no HC nº 120.353/SP, a partir do julgamento do HC nº 118.776/RS (sessão de 18/3/2010 – acórdão pendente de publicação), esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC 149.807/SP, da relatoria do Ministro Og Fernandes, DJe de 20/9/2010.

3. **Habeas corpus** concedido para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, a serem implementadas pelo Juízo da Execução.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) 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 (DF), 07 de abril de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 195.636 - MG (2011/0017359-1)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Erika Farnei Cavalcante Santos, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Colhe-se dos autos que a paciente, surpreendida quando trazia consigo 2 papелotes de cocaína, com peso bruto aproximado de 1,1 grama, foi condenada como incurso no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime fechado, e 166 dias-multa, havendo o Tribunal de origem, em sede de apelação, mantido integralmente a sentença condenatória.

Busca a impetração a fixação do regime aberto para o desconto da reprimenda, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 227/233), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 195.636 - MG (2011/0017359-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): Tenho que a ordem merece concessão.

O Tribunal de origem, ao apreciar o recurso de apelação, assim se manifestou, no que interessa:

"Quanto ao pedido de mudança do regime de cumprimento da pena bem como da substituição por restritivas de direitos, razão novamente não assiste à recorrente.

Apesar de o montante de pena aplicada preencher o requisito objetivo previsto no Código Penal e mesmo sendo a ré primária e possuidora de bons antecedentes, entendo que o regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado bem como ser impossível a substituição por restritivas de direitos.

É que, a meu ver, o crime cometido foi o de tráfico de drogas com causa de diminuição de pena, crime equiparado a hediondo e sujeito às vedações contidas na lei 8.072/90 e no artigo 44 da lei de drogas.

Tenho ciência de que a questão é controversa e tem suscitado divergências, existindo aqueles que defendem que o crime do artigo 33 da lei de drogas, com a incidência do § 4.º, seria um tipo de 'tráfico privilegiado' e que também, invocando razões de política criminal, comportaria a substituição de pena prevista no artigo 44 do Código Penal.

Entretanto, com todo respeito a esse entendimento, penso que essa não é a melhor posição.

Concordo com o posicionamento que, a meu ver, tecnicamente mais correto, convencionou chamar de 'tráfico privilegiado' o novo tipo trazido pelo § 3.º, do artigo 33 da lei 11.343/06, onde o agente oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem. Para tal delito, foi previsto pena de detenção, de 06 (seis) meses a 01 (um) ano e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo, ainda, das penas previstas no artigo 28 do mesmo diploma legal.

Este novo tipo penal, de fato, é um tipo derivado e, sendo assim, ponto de partida para a fixação da pena-base (tipo derivado em sua forma privilegiada). Esse sim não é equiparado a hediondo e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não está sujeito às vedações constantes do artigo 44 da lei 11.343/06.

*No entanto, aquele que pratica o crime do artigo 33, **caput**, da lei de drogas com a incidência do § 4.º, pratica tráfico de drogas com causa de diminuição de pena, crime equiparado a hediondo e, portanto, que deve iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado e, ainda, não possui direito à graça, indulto, anistia, substituição de pena e 'sursis'.*

Entender de forma contrária feriria a própria intenção da lei 11.343/06 que, ao fazer a correta distinção entre o traficante de drogas e o usuário, pretendeu punir de forma mais severa aquele, em virtude da alta lesividade social de sua conduta, e aplicar tratamento adequado a este.

Dessa forma, com respeito ao entendimento contrário, não entendo cabível o regime aberto para o início do cumprimento de pena nem a substituição por restritivas de direitos, pois apesar do réu ter sido favorecido pela causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4.º da Lei 11.343/06 isso não tem o condão de retirar do delito a característica de ser crime equiparado a hediondo devendo seu cumprimento iniciar-se no regime fechado e serem mantidas as vedações constantes do art. 44 da referida lei.

Por tais fundamentos, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo no todo a decisão hostilizada." (fls. 202/203)

Como visto, a Corte local, por maioria de votos, manteve o regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda corporal apenas por considerar que o tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo, está sujeito à vedação legal constante da Lei nº 8.072/90, bem como considerou incabível a substituição da pena por medidas restritivas de direitos, ante o óbice contido no art. 44 da Lei nº 11.343/06.

Entretanto, considerando a quantidade de pena aplicada - 1 ano e 8 meses de reclusão -, reconhecida a primariedade da ré e fixada a pena-base no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, como no caso, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto, visto que não supera 4 anos, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, eis que alheia às particularidades do caso concreto, consoante vem sendo decidido pela Sexta Turma desta Corte.

São os nossos precedentes:

A - "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI N.º 11.343/06. 1. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. RÉU PRIMÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, NEM QUE SE DEDIQUE À ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INCIDÊNCIA. 3. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. 4. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não obstante o colegiado do Tribunal de origem não ter examinando a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior. Precedentes.

2. Em sendo o acusado primário, sem antecedentes desabonadores, e não se comprovando qualquer participação do paciente em organização criminosa ou de sua dedicação à atividade criminosa, é de ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

3. **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.**

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a incidência da causa de diminuição, reduzindo a pena aplicada, e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Mantida as demais cominações estipuladas no acórdão." (HC nº 154.570/RS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 10/5/2010)

B - "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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 128.889/DF, Relator o Desembargador convocado CELSO LIMONGI, DJe de 5/10/2009)

De outro giro, muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, a partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS (sessão de 18/3/2010 – acórdão pendente de publicação), de Relatoria do Ministro Nilson Naves, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova de Drogas. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC 149.807/SP, da relatoria do Ministro Og Fernandes, DJe de 20/9/2010, que traz a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS, RECONHECIMENTO DE PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. ADEQUAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. NECESSIDADE.

1. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

2. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do processo por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.

3. A aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos, alheia às peculiaridades do caso concreto, acarretaria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inafastável ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo.

4. Se o dispositivo legal responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – que iniciem a expiação no regime mais gravoso.

*5. É certo que num momento anterior, quando da apreciação da Arguição de Inconstitucionalidade no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, a Corte Especial, majoritariamente, afastou a possibilidade do deferimento do benefício da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas na vigência da Lei nº 11.343/06.*

*6. Contudo, a partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente.*

7. 'A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes' (STF, HC 102.678/MG, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 23.4.2010).

8. Considerando a quantidade de pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão; a primariedade e os bons antecedentes; e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é devido o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e também a substituição da sanção corporal por duas medidas restritivas de direitos.

9. Na aplicação da pena de multa, deve-se guardar proporção com a privativa de liberdade.

10. Na hipótese, após a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o Tribunal de origem reduziu a reprimenda em 2/3 (dois terços), diminuindo a pena pecuniária em apenas 1/3 (um terço).

11. Ordem concedida para, de um lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana; de outro lado, redimensionar a pena pecuniária, de 332 (trezentos e trinta e dois) para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções."

Ademais, no julgamento do HC nº 97.256/RS, realizado na sessão Plenária do dia 1º de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu que são inconstitucionais dispositivos da Nova Lei de Drogas que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de drogas.

Desse modo, acompanhando os recentes julgados desta Turma e do STF, entendo ser devida a substituição da sanção corporal imposta à paciente por duas medidas restritivas de direitos, uma vez preenchidos os requisitos legais.

Diante do exposto, concedo o **habeas corpus** para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, a serem implementadas pelo Juízo da Execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0017359-1 **PROCESSO ELETRÔNICO HC 195.636 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10105100150595 105100150595 1505950420108130105

EM MESA

JULGADO: 07/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : MARIA ELIZABETH VITRAL AMARO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ERIKA FARNEI CAVALCANTE SANTOS

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

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.