



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS      Nº 199.366 - SP (2011/0048040-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO OG FERNANDES**  
**IMPETRANTE** : CAIO MARCELO DIAS DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RAFAEL DOS SANTOS VITOR

### **EMENTA**

**HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE DA DROGA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. 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.
2. A partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento da conversão de pena também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente.
3. Considerando a quantidade de pena aplicada – 5 (cinco) anos de reclusão –, a primariedade e os bons antecedentes do paciente, cabível o estabelecimento do regime semiaberto para o cumprimento da privativa de liberdade.
4. Entretanto, **em razão da quantidade da droga** (oitenta e um invólucros de cocaína sob a forma de *crack* e mais dois tabletes de maconha), inadequada a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos.
5. Ordem concedida em parte a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da privativa de liberdade.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi, concedendo parcialmente a ordem, e os votos dos Srs. Ministros Haroldo Rodrigues e Vasco Della Giustina no mesmo sentido, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 10 de maio de 2011 (data do julgamento).

**MINISTRO OG FERNANDES**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.366 - SP (2011/0048040-6)

### RELATÓRIO

**O SR. MINISTRO OG FERNANDES:** Trata-se de **habeas corpus**, impetrado em favor de Rafael dos Santos Vitor, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de advertência por infração ao art. 28 da Lei nº 11.343/06.

O Tribunal Estadual deu provimento ao apelo do Ministério Público e condenou o paciente à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, determinando a expedição de mandado de prisão, pela prática do delito previsto no art. 33, **caput** e § 4º, da Lei nº 11.343/06.

No presente *writ* alega a defensoria/impetrante ser desarrazoada e contrária à jurisprudência mais recente a manutenção do regime fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade pelo crime de tráfico.

Sustenta que o regime fechado foi aplicado em desconformidade com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena, revelando, na hipótese, o cabimento de regime prisional menos gravoso.

Salienta que o paciente é primário e que seria possível, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal.

Acrescenta que o regime prisional foi fixado exclusivamente com base na gravidade genérica do delito, razão pela qual afirma incidir, na espécie, o enunciado da Súmula nº 719 do STF.

Requer, inclusive liminarmente, a fixação do regime aberto para início do cumprimento da reprimenda do paciente, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar e solicitadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal que, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

República Moacir Mendes Sousa, manifestou-se pela denegação da ordem nos termos da seguinte ementa (fl. 81):

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DE PENA. CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. DESCABIMENTO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

*O regime inicial fechado aplicado ao caso é decorrente da expressa previsão legal contida no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90.*

*A Lei nº 11.464/07, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao referido dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, determinou taxativamente a fixação do regime inicial fechado para o crime de tráfico de entorpecentes, hipótese dos autos.*

*Sendo assim, constatando-se que o delito foi perpetrado já sob a égide da Lei nº 11.464/07, é de rigor a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda. No tocante à pleiteada substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tal providência não é cabível, tendo em vista que o benefício somente é admitido para os condenados não reincidentes e portadores de bons antecedentes, e desde que a pena não seja superior a quatro anos (artigo 44, I, II e III do CP), o que não é o caso, dado que o paciente foi condenado a cinco anos de reclusão.*

*Parecer pela denegação da súplica.*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.366 - SP (2011/0048040-6)

### VOTO

**O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator):** Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, pois, de acordo com a denúncia, agindo em concurso com outra corré, trazia consigo 12 (doze) porções de cocaína, em sua forma sólida, *crack* (3,40 gramas), mais 75 invólucros da mesma substância entorpecente (24,31 gramas) dentro de uma lata de alumínio no quarto ocupado por ele, além de tabletes de maconha (32,55 gramas).

Condenado a pena de advertência pelo Juízo de primeiro grau, o Tribunal estadual deu provimento ao pelo ministerial condenado o paciente a cinco anos de reclusão em regime fechado, pelo delito do art. 33, **caput**, e § 4º da Lei nº 11.343/06.

Por ocasião do julgamento do HC-167.849/MG (sessão do dia 25.5.10), 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 no 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, verifica-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.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.**
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)

Assim, entendo perfeitamente aplicável o regime semiaberto, cuidando-se de réu primário e com bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal. Acolho, igualmente, o pleito de conversão de pena.

A partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS (DJe de 23.8.2010), 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.

Vale lembrar que essa orientação encontra respaldo na jurisprudência da Suprema Corte:

**HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.**

**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.** Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12.12.10.

**Ordem concedida.**

(HC 102.678/MG, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 23.4.2010)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deve ser ressaltado, ademais, que a Suprema Corte, no dia **1º.9.2010**, ultimou julgamento, decidindo, de forma majoritária, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/06.

Considerando a quantidade de pena aplicada – 5 (cinco) anos de reclusão –, bem como a primariedade do paciente, entendo ser devido o estabelecimento do regime semiaberto para o cumprimento da privativa de liberdade.

Entretanto, **em razão da quantidade da droga**, em face do que dispõe o art. 42 da Lei n.º 11.343/06, não me pareceu pequena (oitenta e um invólucros de cocaína sob a forma de *crack* e mais dois tabletes de maconha, conforme narra o acórdão). Indefiro, pois, a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

Pelo exposto, **concedo em parte a ordem** para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da privativa de liberdade.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.366 - SP (2011/0048040-6)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES  
IMPETRANTE : CAIO MARCELO DIAS DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : RAFAEL DOS SANTOS VITOR

### ESCLARECIMENTOS

O EXMO SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): Sr. Presidente, com a devida vênia, a quantidade de drogas não está esclarecida.

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Não, ela está. São 81 invólucros de cocaína, sob a forma de *crack*, e 2 tabletes de maconha.

O SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): E a quantidade, o peso, a massa que, no meu modo de ver, é o que interessa?

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Doze porções de cocaína, na forma sólida, *crack* - 3,40 gramas; 75 invólucros de entorpecentes - 24 gramas, dentro de uma lata; e 32 gramas de maconha.

O SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): Sr. Presidente, com a devida vênia, como o paciente é primário e tem bons antecedentes, reduzo a pena. V. Exa. não está dando a redução? Temos dado até para casos mais graves. A pena que foi aplicada é de 5 anos.

O SR. MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

CONVOCADO DO TJ/CE): Sr. Ministro, tem a diversidade e a quantidade da droga.

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Srs. Ministros, parece-me que o réu não pediu, seria o caso de verificar. Ele não pediu o art. 33, a redução. No Tribunal, a pena já foi reduzida para o mínimo.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0048040-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.366 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 7992009

990101430770

EM MESA

JULGADO: 05/05/2011

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CAIO MARCELO DIAS DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RAFAEL DOS SANTOS VITOR

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:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo parcialmente a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Aguardam os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.366 - SP (2011/0048040-6)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES  
IMPETRANTE : CAIO MARCELO DIAS DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : RAFAEL DOS SANTOS VITOR

### VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): Pedi vista dos autos, porque, no primeiro momento, considerei ser possível a concessão da ordem, nos termos da inicial.

No entanto, após leitura atenta dos autos, verifiquei que, a despeito de não ser grande a quantidade de entorpecente apreendida em poder do paciente (12 porções de cocaína, na forma de "crack" (3,40 gramas); 75 invólucros da mesma substância, com peso de 24,31 gramas, e tabletes de maconha, com peso de 32,55 gramas), inviável a fixação de regime prisional aberto para o cumprimento da pena. E isto, porque a pena reclusiva a ele aplicada, cinco anos, deve ser cumprida, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea "b", do Código Penal, em regime prisional semiaberto.

E, diante do "quantum" da pena fixada pelo Tribunal estadual, incabível, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor do que dispõe o artigo 44, inciso I, do Código Penal, "in verbis":

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (grifamos).

Diante da ausência de requisito objetivo, não pode o paciente ser beneficiado com a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Confira-se o seguinte precedente:

TRÁFICO DE DROGAS. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DA PENA. ARTIGO 33, § 4º, LEI 11.343/2006. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

1. Hipótese em que a defesa, apesar de não ter concordado com o percentual de diminuição aplicado e observado a falta de fundamentação do acórdão nesta parte, deixou de opor os cabíveis embargos de declaração para suscitar o suprimento da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

omissão pelo Tribunal a quo, restando a matéria carente do indispensável prequestionamento.

2. Apesar da falta de fundamentação do acórdão recorrido no que tange à escolha da fração de 1/5 (um quinto) para a redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, razão não há para que seja alterado o percentual, visto que, conforme analisado na decisão que negou seguimento ao recurso especial, a redução aplicada é suficiente para a reprovação da conduta, revelando-se em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior, que tem observado no momento da aplicação da minorante a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

3. Inexistência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão de habeas corpus de ofício.

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. ARTIGO 40, INCISOS I E III, DA LEI 11.343/2006. PERCENTUAL DE AUMENTO. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. DESCABIMENTO.

1. Inviável a inovação em sede de agravo regimental de matéria - percentual de aumento de pena - não suscitada oportunamente nas razões de recurso especial.

TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. PEDIDO JULGADO PREJUDICADO. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182.

1. Mantida a pena em patamar superior a 4 (quatro), resta prejudicada a alegação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em virtude da ausência do requisito objetivo previsto pelo artigo 44 do Código Penal. g.n.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1154410/SP, relator Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 14/03/2011).

Assim, acompanho o eminente Ministro relator e concedo parcialmente a ordem, somente para fixar o regime prisional semiaberto para o cumprimento da pena.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0048040-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.366 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 7992009

990101430770

EM MESA

JULGADO: 10/05/2011

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CAIO MARCELO DIAS DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RAFAEL DOS SANTOS VITOR

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:

"Prosseguindo no julgamento após voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi concedendo parcialmente a ordem, e os votos dos Srs. Ministros Haroldo Rodrigues e Vasco Della Giustina no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.