



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 117.906 - SP (2008/0222324-3)**

**RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES**  
**AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO : MÁRCIA DE SOUZA LOPES (PRESA)**  
**ADVOGADO : MARCO ANTÔNIO ARANTES DE PAIVA E OUTRO(S)**

### **EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. Esta Corte (e o Supremo Tribunal Federal) já reconheceu a possibilidade de se conceder regime mais brando ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

2. Agravo a que se nega provimento.

### **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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 13 de março de 2012 (data do julgamento).

**MINISTRO OG FERNANDES**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 117.906 - SP (2008/0222324-3)

### RELATÓRIO

**O SR. MINISTRO OG FERNANDES:** Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão assim vazada:

Vistos, etc.

Em 2.10.2008, **deferi a liminar**, nestes termos:

Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de MÁRCIA DE SOUZA LOPES, condenada pela prática do delito previsto no artigo 33 § 4º da Lei nº 11.343/06, contra decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo que indeferiu o pedido liminar do writ lá impetrado.

Alega o impetrante, em suma, que a paciente já cumpriu mais da metade da pena imposta em regime fechado, fazendo jus ao regime aberto ou à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Afirma que, diante do **quantum** reconhecido na sentença, tendo a pena base sido fixada no mínimo legal, sendo a paciente primária e de bons antecedentes, deve ser modificado o regime de cumprimento da pena, "pois não há como não se visualizar a situação da paciente de ilegalidade manifesta que justifica a mitigação dos rigores da Súmula do Supremo Tribunal Federal" (fl. 3).

Requer, liminarmente, que se conceda à paciente o direito de aguardar em regime aberto o trânsito em julgado do recurso de apelação impetrado no Tribunal **a quo**.

Decido.

O entendimento adotado nos Tribunais Superiores é no sentido de não se admitir **habeas corpus** contra decisão indeferitória de liminar proferida em outro writ no Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido, o enunciado da Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar."

Ressalte-se ser possível seu conhecimento somente em casos excepcionais, ou seja, na hipótese de flagrante ilegalidade ou decisão teratológica, o que parece ser o caso da hipótese dos autos.

Esta Corte firmou compreensão no sentido de que, "proclamada a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que determinava que a pena relativa aos crimes hediondos e equiparados devesse ser cumprida integralmente em regime fechado, devem ser observados, na fixação do regime, os parâmetros do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e na análise da possibilidade de substituição da pena, aqueles previstos no art. 44 do mesmo diploma." (HC nº 100.184/MG, Relator p/ Acórdão o Ministro Paulo Gallotti, DJU 25/08/2008).*

*No caso, o Juiz de 1º Grau na dosimetria da pena assim decidiu:*

*"A ré não possui antecedentes. Não há mais elementos para valorar sua conduta social. A análise dos demais aspectos de sua personalidade resta prejudicada por ausência de demonstração nos autos. O motivo do crime foi a intenção de obter lucro fácil com a venda da droga.*

*Fixo, pois, a pena-base no mínimo, ou seja, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, esta no valor unitário mínimo.*

*Na segunda dosimetria observo que não há agravantes e atenuantes.*

*Na terceira fase, observo que as circunstâncias pessoais da acusada se amoldam à hipótese do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, razão pela qual reduzo sua pena em um terço para fixá-la definitivamente em três anos e quatro meses de reclusão e trezentos e trinta e quatro dias-multa.*

*A acusada não preenche os requisitos subjetivos e objetivos dos artigos 44 e 77 do Código Penal, porquanto o específico jaez do crime e as circunstâncias que lhe permeiam, não indicam que essa substituição seja suficiente, não fazendo jus, conseqüentemente, à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.*

*Ainda estão presentes motivos ensejadores da prisão cautelar, não poderá a acusada recorrer em liberdade. Recomende-se-a na prisão em que se encontra.*

*A Lei 11.464, publicada em 29 de março do corrente, alterou o § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, estabelecendo expressamente o regime inicial fechado. Assim, a discussão sobre a matéria, levando em conta a decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal, perdeu o significado, porquanto a lei mais benéfica retroage em favor da ré.*

*Fixo o regime fechado para cumprimento inicial da pena.*

***Com efeito, impõe-se o estabelecimento de regime aberto para o início de resgate da reprimenda, pois, além de não ser possível a***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**aplicação retroativa da lei de critério mais gravoso** (Lei nº 11.464/2007), pois esbarra na garantia constitucional prevista no inciso XL do artigo 5º da Constituição, **deve-se considerar, ainda, o quantum da pena aplicado, qual seja 3 anos e quatro meses de reclusão, a primariedade da paciente, bem como o fato de todas as circunstâncias judiciais lhe terem sido consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.**

Ante o exposto, sendo manifesta a ilegalidade, **defiro a liminar**, para conceder à paciente o direito de descontar a pena no regime aberto até o julgamento final do mérito do presente writ.

Ouvido, opinou o Parquet Federal pelo não-conhecimento do writ ou pela denegação da ordem.

Acresça-se que em consulta à página oficial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na internet, obteve-se a informação de que, em 15.4.09, aquela Corte negou provimento ao apelo defensivo.

Há mais: em 28.9.09, foi certificado o trânsito em julgado da condenação.

Decido.

Assim como asseverei ao deferir a liminar, entendo que o caso ora em análise admite o estabelecimento do regime prisional menos gravoso para o cumprimento da expiação.

É de ver que na data em que praticado o delito – **5.12.2006** – ainda não havia entrado em vigor a Lei nº 11.464/07, a qual estabelece que aos delitos hediondos ou a eles equiparados deve ser fixado o cumprimento da pena em regime fechado.

Além disso, considerando a sanção aplicada – 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão –; a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis; e a fixação da pena-base no mínimo legal, entendo viável o estabelecimento do regime aberto.

Pelas mesmas balizas, penso também ser caso de substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Em casos análogos, esta Corte tem assim decidido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. (...) CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.464/2007. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE.

.....  
3. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, **para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.**

**4. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.**

**5. Restando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve ser convertida a pena privativa de liberdade do Paciente em restritiva de direitos. Precedentes.**

**(HC 170.934/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 18.10.2010)**

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E POSSE DE ARMA DE FOGO. (...) CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. POSSIBILIDADE DO REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS.**

.....  
**5. Diante da declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do regime integral fechado previsto na Lei nº 8.072/90, passou-se a entender possível a substituição da pena por medidas restritivas de direitos também para os condenados por crimes hediondos ou equiparados. Assim, verifica-se o constrangimento ilegal no tocante ao regime prisional fixado e à negativa de substituição da pena.**

**6. Tratando-se de crimes cometidos quando ainda em vigor a Lei n.º 6.368/76, sem violência ou grave ameaça, com as penas-bases fixadas no mínimo legal e uma reprimenda total que não supera 4 (quatro) anos, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal.**

**(HC 154.333/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4.10.2010)**

*Pelo exposto, ratifico a liminar e concedo a ordem para, de um lado, estabelecer o regime aberto para o início de cumprimento da privativa de liberdade; de outro lado, substituí-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juízo das Execuções.*

*Publique-se.*



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Pugna o agravante pela restabelecimento do regime inicial fechado para o cumprimento da pena, bem como pela cassação do benefício da substituição de pena, aduzindo trata-se de delito equiparado a hediondo.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 117.906 - SP (2008/0222324-3)

### VOTO

**O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR):** O agravo não comporta provimento. Isso porque esta Corte (e também o Supremo Tribunal Federal) já reconheceu a possibilidade de se conceder regime mais brando ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Por todos, destaco, nesse sentido, o recente julgado:

**PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO SUPERADA PELO STF. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM FRAÇÃO MÁXIMA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE (ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006). FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.**

*1. Apesar de o magistrado singular ter fixado a pena-base do paciente no mínimo legal e o Tribunal de origem ter aplicado a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar máximo, o regime inicial de cumprimento da pena fixado foi o mais rigoroso e não se possibilitou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

*2. A vedação à substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos foi recentemente superada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 na parte que veda a concessão do benefício (HC n. 97.256/RS, Ministro Ayres Britto, DJe 16/12/2010). A Corte Suprema tem superado, também, a obrigatoriedade de cumprimento da pena por tráfico em regime inicial fechado quando ausentes os requisitos que impõem o regime mais rigoroso. Esta Sexta Turma tem decidido no mesmo sentido.*

*3. A verificação do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos demandam a verificação da quantidade e natureza da droga apreendida em poder do acusado (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***4. Esta Turma tem firmado a orientação de que a diversidade ou a considerável quantidade da droga apreendida tornam inviáveis a fixação do regime inicial aberto e a aplicação de medida alternativa, não obstante o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, mostrando-se socialmente recomendável apenas a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena.***

***5. Ordem parcialmente concedida.***

***(HC 172.596/GO, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 1º/2/2012.)***

Na espécie, cuida-se de paciente primária e as circunstâncias judiciais lhe são todas favoráveis, tanto que fixada a pena-base no mínimo legal. Tenho por socialmente recomendável, com efeito, o regime aberto e a aplicação de medidas restritiva de direitos.

Assim, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0222324-3

**AgRg no**  
**HC 117.906 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 280120060074950 9892006 990081079887

EM MESA

JULGADO: 13/03/2012

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : MARCO ANTÔNIO ARANTES DE PAIVA E OUTRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : MÁRCIA DE SOUZA LOPES (PRESA)

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

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : MÁRCIA DE SOUZA LOPES (PRESA)  
ADVOGADO : MARCO ANTÔNIO ARANTES DE PAIVA E OUTRO(S)

#### **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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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