



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.739 - SP (2010/0071659-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : OSCAR TOYOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ORLANDO ESTRAZZERI (PRESO)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. APLICADO O REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESTA EXTENSÃO, CONCEDIDA EM PARTE.

1. Inviável a apreciação da questão relativa à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, por não ter sido objeto de análise pelo Tribunal de Origem, não podendo ser analisada por esta Corte Superior, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades de cada caso.

3. Condenado o paciente por tráfico de drogas (72 gramas de cocaína), cuja pena ficou aquém de 4 (quatro) anos, não se mostra razoável a aplicação do regime mais gravoso, assim como, em razão da referida quantidade de droga apreendida, também não é cabível o mais brando, sendo portanto, apropriado o regime inicial semiaberto. Notabiliza-se, no caso, que o paciente foi beneficiado com a progressão de regime e, atualmente, está no regime aberto.

4. Ordem parcialmente conhecida, e nesta extensão, concedida, em parte, ratificada a liminar, para estabelecer como regime inicial de cumprimento da pena o semiaberto.

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, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta extensão, conceder a ordem, em parte, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 12 de junho de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.739 - SP (2010/0071659-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : OSCAR TOYOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ORLANDO ESTRAZZERI (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de ORLANDO ESTRAZZERI, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em sede de apelação, reformou a sentença absolutória, condenando o paciente à pena privativa de liberdade de reclusão de três anos e seis meses, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, art. 12 da Lei 6.368/76 (Apelação 01111090.3/7-0000-00).

Ressuma dos autos que o paciente foi condenado porque teria em depósito em seu apartamento 72 gramas de cocaína. Absolvido em primeiro grau, nestes termos:

ORLANDO ESTRAZZERI está sendo processado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, dado como incurso no artigo 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76 porque, segundo a denúncia, em 11 de abril de 2006, teria em depósito e guardaria, para fins de tráfico, 72 gramas de cocaína.

Embora a materialidade da infração esteja comprovada pelo exame químico toxicológico de fls. 50/52, evidenciador de que a substância apreendida teve resultado positivo para cocaína, causadora de dependência, há dúvida quanto à autoria. Judicialmente, o acusado a negou, de forma cabal (fls. 164).

O Escrivão de Polícia Silvio, de Guarulhos e "readaptado", disse ter vindo a esta Capital cumprir mandado de busca e apreensão expedido pela 5ª Vara daquela localidade, simplesmente atendendo solicitação superior, lendo afirmado que o acusado demonstrara nervosismo e, na cozinha, teria jogado algo pela janela, depois constatado como sendo cocaína (fls. 204/206).

Entretanto, não se pode afirmar, estreme de dúvida, que o pacote encontrado seja, eventualmente, aquele objeto arremessado pelo acusado, até porque o outro policial nada presenciou neste sentido (fls. 207/209).

(...)

Posto isso e considerando tudo o que mais dos autos consta. JULGO IMPROCEDENTE o pedido deduzido na denúncia, para o fim de ABSOLVER ORLANDO ESTRAZZERI da imputação que contra ele pesava, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. (fls. 57-58).

O Ministério Público interpôs apelação, obtendo êxito para condenar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, *verbis*:

Na fixação da pena, observo que o recorrido possui maus antecedentes, assim certificado a fls. 45. Razoável o aumento da pena base em 1/6. (...)

Em segunda fase, ausentes circunstâncias (artigos 61 a 65 do Código Penal), mantenho sem alteração a pena base.

Na terceira e última fase, embora vigente a Lei 11.343/06 e que contém dispositivo algo benéfico ao recorrido (art. 33, § 4º), não é de se aplicar semelhante lei ao caso concreto, porquanto aqui reconhecido que o recorrido é titular de maus antecedentes.

Torno definitiva, assim, a pena em três (03) anos e seis (06) meses de reclusão e cinquenta e oito (58) dias-multa, piso mínimo da Lei de Drogas. É fixado o regime inicial fechado porque hodiernamente assim não impede a Lei 8.072/90, em sua nova redação. (fl. 81).

Manejados embargos de declaração, foram rejeitados, nestes termos:

1. Prolatado o Acórdão de fls.301/304. dando provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo para condenar o embargante às penas de três (03) anos e seis (06) meses de reclusão, regime inicial fechado e cinquenta e oito (58) dias-multa, piso mínimo da Lei 6.368/76, incurso nas sanções do artigo 12. "caput" da Lei 6.368/76, deduziu o embargante ORLANDO ESTRAZZERI embargos de declaração.

Sustenta que o voto foi omisso no tocante à aplicabilidade do parágrafo quarto da Lei 11.343. sendo que se a Lei em vigor fosse mais benéfica, certamente poderia retroagir como no caso em tela. Faria jus à diminuição da pena, alegando que maus antecedentes não poderiam ser confundidos com primariedade.

Os inquéritos seriam de muitos anos atrás e não se dedicaria o embargante a atividades criminosas. Insurge-se contra o aumento da pena pelos maus antecedentes, por se tratarem de processos antigos. Requer a suspensão da expedição do mandado de prisão até o trânsito em julgado em definitivo da r. sentença.

2. Não estão presentes os pressupostos legais para a declaração da sentença.

Houve análise da prova posta nos autos, das alegações das partes e expressamente se dispôs da impossibilidade da aplicação da Lei 11.343/06 ao caso concreto porquanto titular o embargante de maus antecedentes (fls. 303).

Ao contrário do que alega, também se reconheceu, com fundamento em certidões existentes nos autos, que o embargante possuía maus antecedentes, suficientes à majoração da pena base em 1/6, assim tornada definitiva por ausentes circunstâncias ou causas aptas a modificação.

Não há omissão alguma a ser sanada por intermédio dos embargos de declaração, pois.

Outros pontos de ingerência não se justificam ou justificam os embargos de declaração.

(...)

Rejeitam-se os embargos de declaração, pois, mantidas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinações constantes do V. Acórdão. (fls. 88-90).

Aduz que o aresto guerreado revela ilegalidade porquanto se exasperou, indevidamente, a pena base em seis meses, com base em indigitado antecedente inábil para tanto. Alega que o registro empregado para o incremento da sanção penal foi uma condenação por contravenção penal, a pena de multa, cumprida no distante ano de 1996.

Aponta que, lastreado no mesmo argumento, foi-lhe negado o regime aberto e a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Requer, liminarmente e no mérito, a colocação do paciente no regime aberto e, se for o caso, substituindo a privativa de liberdade por restritiva de direito.

O pedido liminar foi deferido, às fls. 133-134, para conceder ao paciente o direito de aguardar no regime semiaberto o julgamento definitivo deste *writ*.

As informações foram prestadas às fls. 142-154, 164-181 e 192-199.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 184-187, da lavra do Subprocurador-Geral da República Etiel Santiago de Brito Pereira, opinando pelo conhecimento e concessão parcial da ordem.

Segundo as últimas informações, o paciente cumpre pena no regime aberto, diante da progressão concedida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.739 - SP (2010/0071659-7)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. APLICADO O REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESTA EXTENSÃO, CONCEDIDA EM PARTE.

1. Inviável a apreciação da questão relativa à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, por não ter sido objeto de análise pelo Tribunal de Origem, não podendo ser analisada por esta Corte Superior, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.
2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades de cada caso.
3. Condenado o paciente por tráfico de drogas (72 gramas de cocaína), cuja pena ficou aquém de 4 (quatro) anos, não se mostra razoável a aplicação do regime mais gravoso, assim como, em razão da referida quantidade de droga apreendida, também não é cabível o mais brando, sendo portanto, apropriado o regime inicial semiaberto. Notabiliza-se, no caso, que o paciente foi beneficiado com a progressão de regime e, atualmente, está no regime aberto.
4. Ordem parcialmente conhecida, e nesta extensão, concedida, em parte, ratificada a liminar, para estabelecer como regime inicial de cumprimento da pena o semiaberto.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca o impetrante a modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, bem como a substituição por restritiva de direitos.

Da análise dos autos, nota-se um crítico problema de competência para a apreciação do pedido referente à substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Pela leitura do aresto guerreado, verifica-se que o Tribunal de origem não cuidou da temática, até mesmo porque não fora instado a tanto.

Assim, tem-se um obstáculo lógico à apreciação do presente *mandamus* no que tange a referida pretensão. A análise de seu mérito implicaria, na expressão utilizada pelo, hoje aposentado, Ministro Eros Grau, verdadeiro salto duplo de cognição - o que seria vedado, diante de indevida supressão de instância.

Com efeito, dispõe o artigo 105, I, "c", da Constituição Federal, que compete ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de Justiça processar e julgar *habeas corpus* somente quando o coator for Tribunal sujeito à sua jurisdição, o que não se apura no caso em questão. O pedido também não encontra arrimo em nenhuma das hipóteses de competência originária desta Corte Superior.

Neste sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O pedido de nulidade por falta de intimação da defesa para oitiva de testemunhas e de ilegalidade da dosimetria da pena, ora deduzidos, não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, que negou conhecimento à ordem originária por entender que era inviável a análise da referida matéria, em sede de *habeas corpus*.

2. Em sendo assim, como a matéria não foi debatida na instância originária, não há como ser conhecida a impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior Tribunal de Justiça para apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.

(...)

(RHC 23.194/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 10/05/2010)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDENAÇÃO. PROIBIÇÃO DE APELAR EM LIBERDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A CUSTÓDIA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A questão acerca de suposta ausência de idônea fundamentação para a subsistência da custódia provisória do paciente não merece conhecimento eis que não posta sob análise do Tribunal *a quo*, evitando-se, assim, indevida supressão de instância (Precedentes).

EXCESSO DE PRAZO. JULGAMENTO DA APELAÇÃO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA. AUTOS QUE JÁ RETORNARAM DA ORIGEM. CONCLUSÃO AO RELATOR. AUSÊNCIA DE LESÃO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. 1. Não se vislumbra constrangimento por excesso de prazo tendo em vista que a prisão do paciente - autuado em flagrante no cometimento do crime de roubo circunstanciado - decorre de sentença condenatória que lhe impôs a pena de 6 anos de reclusão, já tendo os autos da apelação criminal retornado da Comarca de origem para seu reinterrogatório, encontrando-se conclusos ao Relator há dois meses. 2. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. (HC 136.704/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 19/04/2010)

Passo, então, a análise do pedido de modificação do regime inicial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da reprimenda.

Importante salientar que o delito foi cometido no ano de 2006, antes do advento da Lei 11.464/07. Destarte, naquele momento vigorava a Lei 6.368/76, cujo teor não vedava a possibilidade da aplicação dos regimes intermediário e aberto para o cumprimento de pena referente ao crime de tráfico de drogas.

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 expandido, 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:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

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

Reconhecida a possibilidade de substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, fica afastada a exigência de fixação do regime fechado para os condenados por tráfico de drogas previsto na Lei n.º 11.343/06.

Condenado o paciente por tráfico de drogas (72 gramas de cocaína), cuja pena ficou aquém de 4 (quatro) anos, não se mostra razoável a aplicação do regime mais gravoso, assim como, em razão da referida quantidade de droga apreendida, também não é cabível o mais brando, sendo portanto, apropriado o regime inicial semiaberto.

Ademais, cumpre salientar que o paciente foi beneficiado com a progressão de regime e, atualmente, cumpre pena no regime aberto.

Ante o exposto, conheço parcialmente do *habeas corpus*, e nesta extensão, concedo a ordem, em parte, ratificada a liminar, para estabelecer como regime inicial de cumprimento da pena o semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0071659-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 169.739 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1111090093

50060345209

5272006

993071262340

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : OSCAR TOYOTA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ORLANDO ESTRAZZERI (PRESO)

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, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta extensão, conceder a ordem, em parte, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.