



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 195.523 - ES (2011/0016391-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : EVELINE ASCENCIO GALDIN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ROBSON OSCAR DE ASSIS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICADO O REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. AFASTADA A OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IRRAZOABILIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. 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 do caso concreto.

2. *In casu*, a negativa do abrandamento do regime baseou-se, exclusivamente, na obrigatoriedade do regime inicial fechado para o crime de tráfico de drogas, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Não se mostra razoável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, em razão da peculiaridade deste caso, qual seja, a quantidade de drogas apreendidas (9 papérolas de cocaína, 23 buchas e 1 tablete de maconha).

5. Ordem parcialmente concedida tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

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 Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 19 de junho de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 195.523 - ES (2011/0016391-3)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : EVELINE ASCENCIO GALDIN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ROBSON OSCAR DE ASSIS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ROBSON OSCAR DE ASSIS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação Criminal n.º 0140800007256).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, por infração aos arts. 33, *caput*, e 35, da Lei 11.343/06, nestes termos:

No dia 24 de janeiro de 2008, por volta das 16:30h, na residência situada na Rua Luiz Gonzaga Rita, 50, próximo ao Bar do Tião, Bairro Pôr do Sol, em Colatina/ES, os denunciados e um adolescente, associados para praticar tráfico de drogas, tinham em depósito, para que fornecessem ou entregassem a consumo, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, 9 (nove) papérolas de cocaína, 23 (vinte e três) buchas e 1 (um) tablete de maconha (auto de apreensão a fls. 15 e de constatação a fls. 7). No mesmo dia, hora e local os denunciados possuíam ou mantinham sob sua guarda, em desacordo com determinação legal e regulamentar, 8 (oito) munições calibre 32 01 (uma) munição calibre 380 intactas (auto de apreensão a fls. 15).

Crime: Art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Partindo do mínimo legal (reclusão de cinco anos e quinhentos dias-multa), passo a análise das circunstâncias judiciais:

Culpabilidade reprovável; os antecedentes maculados, levando-se em consideração que o acusado responde a outras ações penais; personalidade normal; a conduta social é normal; quanto aos motivos do crime não são de molde a favorecê-lo; as circunstâncias e conseqüências não são de todo desfavoráveis, levando-se em consideração que a droga foi apreendida pela autoridade policial antes de ter sido levada a comércio; e a vítima, no caso vertente, é a sociedade.

Diante da análise das circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa.

Não há atenuantes e nem agravantes a serem analisadas.

Não há causas de diminuição ou de aumento de pena a serem analisadas, tornando a pena em DEFINITIVO para 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO E 580 (QUINHENTOS E OITENTA) DIAS-MULTA. Fixo em 1/30 o valor do dia-multa.

O regime inicial para cumprimento da pena imposta é o FECHADO, conforme disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Crime: Art. 35 da Lei 11.343/2006.

Partindo do mínimo legal (reclusão de três anos e setecentos dias-multa), passo a análise das circunstâncias judiciais: Culpabilidade reprovável; os antecedentes maculados, levando-se em consideração que o acusado responde a outras ações penais; personalidade normal; a conduta social é normal; quanto aos motivos do crime não são de moldes a favorecê-lo; as circunstâncias e conseqüências não são de todo desfavoráveis, levando-se em consideração que a droga foi apreendida pela autoridade policial antes de ter sido levada a comércio; e a vítima, no caso vertente, é a sociedade.

Diante da análise das circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.

Não há atenuantes e nem agravantes a serem analisadas.

Não há causas de diminuição e nem de aumento de pena a serem consideradas, motivo pelo qual torno a pena em DEFINITIVO para 03 (TRÊS) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 750 (SETECENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA. Fixo em 1 /30 o valor do dia-multa.

O regime inicial para cumprimento da pena em ABERTO, conforme disposto no art. 33, § 2º, "c", do CPB.

Do Concurso Material. Conforme o disposto no art. 69, do Código Penal, efetuo o somatório das penas aplicadas ao réu Robson Oscar de Assis, resultando a PENA DEFINITIVA EM 09 (NOVE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E O PAGAMENTO DE 1-330 (UM MIL E TREZENTOS E TRINTA) DIAS MULTA. Fixo em 1 /30 o valor do dia-multa.

O regime inicial para cumprimento da pena imposta é o FECHADO, conforme disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 c/c art. 33, § 2º, "a", do CPB.

Concedo aos réus o direito de apelar em liberdade, pois responderam o processo em liberdade e não estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP. (fls. 31-32)

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que proveu parcialmente o recurso a fim de absolver o paciente no tocante ao crime de associação para o tráfico de drogas, reduzindo a pena para 3 (três) anos de reclusão, mantendo o regime inicial fechado, *verbis*:

Ante o exposto, considerando a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, julgo prudente o redimensionamento da pena-base irrogada pelo juiz singular em relação ao apelante ROBSON OSCAR DE ASSIS em resposta ao delito previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, fixando-a no montante correspondente ao mínimo abstratamente previsto, isto é 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Preenchidos os requisitos legais, aplico em favor do ora apelante a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. No entanto, diante da maior reprovabilidade da conduta praticada pelo apelante, elevada pela grande quantidade de drogas apreendida, bem como pela sensível convicção de que este fazia do tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma fonte de sustento, reputo razoável a redução de 2/5 (dois quintos) da pena-base ora fixada, de modo a tornar definitiva a penalidade de 03 (três) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa. **Mantenho o regime de cumprimento da pena imposto pelo magistrado de piso, a saber, o inicialmente fechado, nos termos do §1º, do artigo 2º da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07. Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois, a despeito da recente discussão jurisprudencial quanto à constitucionalidade da vedação expressa contida no artigo 44, da Lei nº 11.343/06, diante das peculiaridades do caso concreto, não seria adequada para exercer a sua função repressiva/preventiva/educadora.** Ante o exposto, (...) dar parcial provimento, ao recurso manejado por Robson Oscar de Assis mantendo a condenação apenas quanto ao delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, fixando sua pena em 03 (três) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa. (fls. 48-49).

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que a imposição do regime mais gravoso é incompatível com a quantidade de pena aplicada.

Assere que tanto a doutrina como a jurisprudência autorizam a aplicação de regime diverso do fechado, tendo em vista que a circunstância do privilégio não se coaduna com a hediondez do crime.

Sublinha que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça admitiram a possibilidade de se estabelecer como regime inicial de cumprimento da pena o aberto, quando favoráveis as circunstâncias judiciais. Invoca a Súmula n.º 440 desta Corte.

Assevera que é inaplicável o art. 44 da Lei 11.343/06 que veda a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, diante da afronta ao princípio da individualização da pena.

Requer, liminarmente, seja modificado o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, expedindo-se o alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, pleiteia-se pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido, às fls. 63-64, pelo Ministro Vice-Presidente em exercício Felix Fischer.

As informações forma juntadas às fls. 71-166.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 169-172, da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto, opinando pela concessão da ordem.

Segundo as últimas informações, o paciente cumpre a reprimenda em regime fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 195.523 - ES (2011/0016391-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICADO O REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. AFASTADA A OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IRRAZOABILIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. 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 do caso concreto.

2. *In casu*, a negativa do abrandamento do regime baseou-se, exclusivamente, na obrigatoriedade do regime inicial fechado para o crime de tráfico de drogas, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Não se mostra razoável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, em razão da peculiaridade deste caso, qual seja, a quantidade de drogas apreendidas (9 papalotes de cocaína, 23 buchas e 1 tablete de maconha).

5. Ordem parcialmente concedida tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se, na presente impetração, a modificação do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, bem como a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Na espécie, o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Cumpre salientar, inicialmente, que, tanto a estipulação do regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 do Superior Tribunal de Justiça 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Com efeito, consoante esposado alhures, tal óbice legal foi declarado inconstitucional e teve sua aplicabilidade suspensa, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, colheu-se a informação de que a condenação do paciente transitou em julgado em 15.2.2011. Assim, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

É imperioso, penso, ter em linha de consideração o 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".

Nesse passo, embora a pena tenha sido fixada em 3 (três) anos de reclusão, tenho que, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra razoável, diante da quantidade de drogas apreendidas (9 papelotes de cocaína, 23 buchas e 1 tablete de maconha).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, **concedo parcialmente a ordem** tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0016391-3

HC 195.523 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 140800007256

EM MESA

JULGADO: 19/06/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : EVELINE ASCENCIO GALDIN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ROBSON OSCAR DE ASSIS (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, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, 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.