



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.127 - RS (2011/0265599-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADILSON SILVEIRA MARTINS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. 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 de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

4. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, 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, negando a substituição da pena e a alteração do regime apenas em atenção ao art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07).

5. Ordem parcialmente concedida 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 de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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.

Brasília, 19 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 224.127 - RS (2011/0265599-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADILSON SILVEIRA MARTINS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADILSON SILVEIRA MARTINS, apontando como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n.º 70043410950).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c.c § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Confira-se o teor do *decisum*, no que interessa:

Passo a dosimetria da pena:

Considerando a culpabilidade acentuada; o Réu é primário e não registra antecedentes criminais; o grau de reprovação social, por ser delito de extrema gravidade, pois o uso de tóxicos é um dos fatores principais de degradação social e de insegurança coletiva, já que é sob o efeito de tóxicos que se pratica grande parte dos demais crimes hediondos, além da tragédia particular de cada usuário, que, aos poucos, veem-se compelidos a se marginalizar da sociedade; conduta social desajustada, por se dedicar a traficância; a personalidade voltada para a ilicitude; a natureza e a quantidade das drogas apreendidas; e as conseqüências graves, próprias da espécie, fixo a pena-base em SEIS ANOS DE RECLUSÃO.

Em sede de pena-provisória, ausentes agravantes e atenuantes, mantenho a pena em SEIS ANOS DE RECLUSÃO.

Na pena definitiva, reduzo-a em UM SEXTO pela causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei já referida, ficando determinada em CINCO ANOS DE RECLUSÃO.

Aplico-lhe, ainda, a pena de multa, que fixo em quinhentos dias-multa, levando em conta a situação econômica do Réu, ficando a unidade em um trigésimo do salário mínimo vigente na data do fato.

Do regime de cumprimento da pena:

O regime de cumprimento da pena será o inicial fechado sopesando a natureza do delito - equiparado a hediondo -, a reclamar maior severidade.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e da suspensão condicional da pena:

Em razão da espécie de delito e da pena final, descabe substituição da pena privativa de liberdade ou suspensão da sua execução (fls. 170/171).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* deu parcial provimento para redimensionar a pena corporal imposta ao paciente para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantidas as demais disposições da sentença hostilizada. Eis os fundamentos do referido *decisum*:

Quanto ao apenamento imposto, entretanto, tenho que algumas alterações devam ser realizadas.

O réu não registra antecedentes, sequer responde a outros processos criminais (fls. 92/93). Culpabilidade configurada, a exigir condenação. Conduta social considerada abonada, já que ausentes elementos em contrário. Personalidade sem elementos para avaliação. Motivo do crime é o lucro fácil, inerente ao tipo penal. Circunstâncias e consequências normais à espécie delitiva. Comportamento da vítima inexistente, no tipo em apreço.

Feita essa análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e ante a tais parâmetros, fixo a pena-base no mínimo legal, em **cinco anos de reclusão e 500 dias-multa**, o que tenho por suficiente e necessário à prevenção e repressão ao crime.

No entanto, considerando que o réu preenche os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, pois primário, sem antecedentes e não integrante de organização criminosa, e para que sirva como estímulo para não reiterar a conduta ilícita, reduzo sua pena privativa de liberdade pela **metade** – e não no máximo legal, ante a quantidade e natureza da substância apreendida, crack, sabidamente de alto poder viciante e destrutivo, mais cocaína e maconha (art. 42 da Lei nº 11.343/06) –, aplicando a **pena definitiva de dois anos e seis meses de reclusão e fixando a pena de multa em 250 dias-multa**, mantidas as demais disposições sentenciasais.

Isentar-se o réu da multa prevista também é medida descabida, vez que não cabe ao julgador deixar de aplicar imposição legal. No juízo da execução é que a miserabilidade do condenado pode ser examinada para fim de ser concedida a isenção ou o parcelamento. Descarta-se, portanto, neste momento, tal possibilidade.

(...)

O regime de cumprimento de pena para o delito de tráfico de drogas é o inicial fechado, conforme expressa determinação legal (§ 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, dada pela Lei nº 11.464/07).

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não pode ser operada.

Para não deixar passar em branco, esclareço que, inobstante o julgamento do H.C. nº 97256 pelo Supremo Tribunal Federal no último dia 1º.9.10, que afastou o óbice de conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (previsto no art. 44 da Lei nº 11.343/06), continuo entendendo que o traficante de drogas não faz jus à conversão em comento, já que o inciso II do art. 44 do Código Penal dispõe que não se concederá a substituição àquele que possuir conduta social desvirtuada, mostrando-se evidente que o narcotraficante transita à margem da sociedade, infestando-a negativamente com seu comportamento, e as circunstâncias do delito não indicam que essa substituição seja suficiente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois comprovado nos autos que o réu realizava a traficância em sua residência, causando prejuízos a sua própria comunidade. Leve-se em conta, ainda, que o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas também prevê que a redução de pena não pode implicar em conversão por penas restritivas de direitos.

Deve ser ressaltado também que tenho entendimento firmado no sentido de ser descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em se tratando de crime previsto na Lei n.º 8.072/90, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes.

Considerando-se a natureza e o alto grau de reprovabilidade de tal delito, pois, além de nocivo à saúde pública, é também o maior propulsor da prática de outros crimes, incrementando ainda mais a violência em que se encontra mergulhado o país, é necessária severa repressão ao mesmo, o que não seria alcançado com a substituição da pena privativa de liberdade, que tem por objetivo abrandar as penas de crimes menos graves, o que não é o caso do tráfico, o qual revela uma gravidade peculiar, desestabilizando a segurança social, tanto que foi incluído no rol de crimes hediondos, a merecer maior severidade na repressão, para uma adequada resposta penal.

Como está dito no item 26 da Exposição de Motivos do Código Penal, ao tratar das penas: *“Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves (...)”*.

Por fim, o pleito formulado por ADILSON de Ihe ser concedido o direito de apelar em liberdade não pode ser deferido, por todos os fundamentos já expostos quando da decisão que decretou a prisão preventiva (fl. 38), agora ratificado aquele entendimento, quanto ao mérito, pela condenação do apelante, pelo que se mostra necessária a manutenção da prisão. Ademais, eventuais recursos especial ou extraordinário não possuem efeito suspensivo, cabendo a execução provisória da pena.

Em face do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo, somente para redimensionar as penas impostas ao réu para dois anos e seis meses de reclusão e 250 dias-multa, mantidas as demais disposições sentenciasais (fls. 241/244).

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que a reprimenda foi fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e o delito não foi cometido com o emprego de violência ou grave ameaça a pessoa.

Reputa injusta e ilegal a vedação à concessão da aludida benesse, uma vez que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e o paciente preenche todos os requisitos legais para a concessão do benefício, não havendo óbice para a sua concessão.

Destaca que o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o paciente é primário e não integra organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pugna ainda, caso não se entenda pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela alteração do regime de cumprimento de pena para o aberto, uma vez que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao paciente.

Requer, liminarmente, a suspensão do arresto guerreado, até o julgamento do mérito do *writ*. No mérito, pleiteia a cassação do acórdão impugnado, para que seja deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e seja alterado o regime de cumprimento de pena para o aberto.

A liminar foi indeferida às fls. 253/255.

Foram prestadas informações às fls. 259 e 263/276.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Elizeta Maria de Paiva Ramos, pela extinção do feito sem resolução de mérito ou pela denegação da ordem (fls. 280/293).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.127 - RS (2011/0265599-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. 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 de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

4. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, 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, negando a substituição da pena e a alteração do regime apenas em atenção ao art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07).

5. Ordem parcialmente concedida 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 de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como seja fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumprе esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 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 artigo 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)

Dessarte, 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.

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 liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Convém 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 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.

Na hipótese vertente, verifica-se que a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, 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 Rio Grande do Sul, realizada em 13.6.2012, colheu-se a informação de que a condenação do paciente transitou em julgado em 7.12.2011. Assim, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, 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.

Ante 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 de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0265599-0

HC 224.127 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 21000099808 2321000099808 70043410950 998029120108210023

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 : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADILSON SILVEIRA MARTINS

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.