



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 213.604 - ES (2011/0166064-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ANDERSON DOUTINHO CORRÊA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. APLICADO O REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA (70 GRAMAS DE *CRACK*). PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, no caso concreto, a fixação do regime aberto, ou semiaberto, não se mostra razoável.
2. É que a quantidade e a natureza da droga atraem a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de 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".
3. Na espécie, o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, em atenção à quantidade e à natureza da droga apreendida.
4. Condenado o paciente por tráfico de significativa quantidade de droga (70 gramas de *crack*), cuja natureza é extremamente devastadora, e tendo sido fixada a pena-base acima do mínimo legal, o regime mais adequado à espécie é o fechado, ainda que a pena imposta seja de 3 anos e 6 meses.
5. Ordem denegada.

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 Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 213.604 - ES (2011/0166064-9)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ANDERSON DOUTINHO CORRÊA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ANDERSON DOUTINHO CORRÊA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação Criminal nº 048100001923).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 33, *caput*, e § 4.º, da Lei 11.434/06, nestes termos:

SENTENÇA: O i. representante do Ministério Público Estadual ofereceu denúncia em desfavor de Paulo César Sale, Jadilksom Bonfim Craveira e Anderson Doutinho Corrêa sustentando, em síntese, que no dia 22.12.2009, policiais civis apuravam denúncia anônima acerca do tráfico de substâncias entorpecentes realizado no bairro Feu Rosa, nesta Comarca.

Chegando ao bairro, localizaram a residência indicada no relato anônimo, ocasião em que o Acusado Anderson, ao perceber a aproximação policial, tendou fugir do local.

Segundo consta, os policiais adentraram a residência, encontrando os Acusados Paulo César e Jadilkisom na sala, cortando e embalando drogas, sendo apreendido **122 (cento e vinte e duas) pedras de crack, embaladas individualmente, totalizando 44g (quarenta e quatro gramas), 01 (uma) pedra de crack pesando 23g (vinte e três gramas), um sacolé contendo pó de crack, pesando aproximadamente 3g (três gramas)**, uma lâmina tipo gilete, uma caderneta com anotações referentes à comercialização das drogas, além de uma caixa de ácido bórico e alguns sacolés utilizados no embalo da droga, estes apreendidos no quarto do denunciado Jadilkisom. De acordo com o que foi apurado, todos os denunciados confessaram que estavam preparando as substâncias entorpecentes apreendidas, que seriam destinadas à venda. Caracterizada a prática dos crimes previstos nos arts.33 e 35 da Lei 11.343/06, requereu o Ministério Público a condenação dos Acusados.

(...)

ANDERSON COUTINHO CORRÊA - No que se refere à culpabilidade, ficou demonstrado que o réu agiu de maneira reprovável. A personalidade é considerada normal, sem qualquer outra mácula, até o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

momento. Analisando os antecedentes do acusado, depreende-se dos autos ser detentora de bons antecedentes. No que tange à conduta social, presumivelmente recomendável, inexistindo dados no processo que levem a conclusão diversa. Os motivos do crime são injustificáveis. As circunstâncias em que se deram o crime, ou seja, o seu *modus operandi*, são irrelevantes. As consequências extrapenais do crime são maléficas para toda a sociedade. Não há de se falar em comportamento da vítima. CONDENO, portanto, o acusado ANDERSON COITTINHO CORRÊA, a pena base de 07 (SETE) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa. Inexistem atenuantes e agravantes a serem consideradas. Tendo em vista que o acusado é primário e possui bons antecedentes, aplico a redução de pena prevista no artigo 33, § 4.º, - da Lei 11.343/06 em 1/2, levando em consideração a quantidade e o tipo de droga apreendida, fixando a pena em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa. Não incidem as circunstâncias de aumento descritas no art. 40 da legislação especial. Por todo o exposto, FIXO A PENA 03 (três) E 06 (seis) MESES DE RECLUSÃO, além de 350 (trezentos e cinquenta) DIAS-MULTA. O regime inicial de cumprimento da pena será FECHADO. (fls. 11 e 20)

Inconformada, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *verbis*:

Do pedido de substituição da pena privativa de liberdade:

Com relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos, tal possibilidade era corriqueiramente afastada para os traficantes de drogas com fulcro na vedação constante do no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 (...)

Sucedendo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 97256/RS, em 01 de setembro de 2010, sob a relatoria do eminente Ministro Carlos Ayres Britto, declarou a inconstitucionalidade incidental da vedação legal acima. (...)

Além disso, após o advento da Lei 11.464/2007, a vedação imposta pelo § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos perdeu o sentido, haja vista a abolição do regime integralmente fechado para os crimes hediondos e a ele equiparados. Dai, então, desapareceu a proibição para a substituição da pena de prisão por medida restritiva de direitos. Aliás, seria um disparate admitir as substitutivas para crimes hediondos não violentos e afastar o mesmo benefício só para o delito de tráfico de entorpecentes, malferindo o princípio da igualdade (isonomia).

(...)

Conquanto se divise a superação do ilegítimo obstáculo legislativo em âmbito pretoriano (capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna), **no plano concreto, não vislumbro a presença de todos os requisitos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal para a pretensa substituição da pena corporal pela simples restrição de direitos.** Embora as penas reclusivas fixadas para os apelantes não sejam superiores a 4 (quatro) anos, o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e ambos sejam primários (não há certidão nos autos em sentido contrário), **as próprias circunstâncias da prática delituosa**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(natureza e quantidade de drogas, aparato para a preparação de mais substâncias entorpecentes, anotações referentes à comercialização), as quais motivaram a fixação das penas básicas acima do mínimo legal e a aplicação mitigada da causa especial de diminuição de pena, desaconselham a conversão de pena almejada. Ademais, os apelantes não provaram que exerciam trabalho lícito por ocasião de suas prisões, deixando patente que viviam do tráfico ilícito de drogas, o que torna temerária a imposição de mera pena alternativa. (fls. 44-45)

Para além disso, a Defesa ainda manejou embargos de declaração perante o Tribunal *a quo*, que negou provimento, conforme ementa transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. INOVAÇÃO DAS ALEGAÇÕES. DESCABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os embargos declaratórios não se prestam à inovação dos pedidos formulados em apelação e julgados na decisão embargada, como pretende a defesa, consoante orientação deste Egrégio Tribunal e do STJ (precedentes)

2. De mais a mais, as próprias razões invocadas no acórdão embargado para a manutenção das penas básicas acima do mínimo legal e da fração intermediária da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, bem assim para a rejeição do pedido de substituição da pena reclusiva por sanções restritivas de direitos, sobrelevando a natureza e quantidade significativa de droga apreendida, além de outros objetos característicos de traficância contumaz, afastam a possibilidade de fixação de regime menos rigoroso para o início do cumprimento das reprimendas.

3. Assim, resta claro que os embargos, além de deduzirem pretensão extemporânea, almejam revolver todo o arcabouço fático e probatório apreciado exhaustivamente em sede de apelação, o que se mostra absolutamente descabido. 4. Recurso desprovido. (fl. 54)

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega o cumprimento de pena pelo paciente em regime mais gravoso é incompatível com o *quantum* da pena imposta.

Afirma que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de fixação de regime inicial aberto aos condenados pelo delito de tráfico de drogas.

Invoca a Súmula n.º 440 desta Corte.

Sustenta que o Tribunal *a quo* não apresentou justificativas idôneas para deixar de realizar a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos. Assere, ainda, que a Corte de origem não poderia ter levado em consideração a natureza e a quantidade da substância ilícita, uma vez que estes não são requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Requer a modificação do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, bem como seja substituída a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fl. 65.

As informações foram juntadas às fls. 73-147.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 150-153, da lavra do Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães, opinando pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 213.604 - ES (2011/0166064-9)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. APLICADO O REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA (70 GRAMAS DE *CRACK*). PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, no caso concreto, a fixação do regime aberto, ou semiaberto, não se mostra razoável.
2. É que a quantidade e a natureza da droga atraem a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de 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".
3. Na espécie, o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, em atenção à quantidade e à natureza da droga apreendida.
4. Condenado o paciente por tráfico de significativa quantidade de droga (70 gramas de *crack*), cuja natureza é extremamente devastadora, e tendo sido fixada a pena-base acima do mínimo legal, o regime mais adequado à espécie é o fechado, ainda que a pena imposta seja de 3 anos e 6 meses.
5. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se na presente impetração a modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e sua substituição por restritiva de direitos.

Cumpre salientar, inicialmente, que, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

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

Na espécie, o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, em atenção à quantidade e à natureza da droga apreendida.

Nesse passo, embora a pena tenha sido fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tenho que o regime aberto não é suficiente e tampouco a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Isso porque, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 70 gramas de *crack* -, atraem a incidência do 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".

Assim, as peculiaridades do caso concreto (pena-base fixada acima do mínimo legal e quantidade/natureza da droga apreendida) não só impedem o estabelecimento do regime inicial mais brando, mas também, recomendam o mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta.

Dessarte, penso que, na situação *in casu*, o regime que se mostra razoável, é o fechado. Em caso análogo, fixei:

PENAL. TRÁFICO. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. A quantidade apreendida da droga atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de 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". 2. Condenada a ora paciente por tráfico de grande quantidade de droga, 522,6 gramas de "maconha", o regime mais adequado é o fechado, embora a quantidade de pena seja de 1 ano e 8 meses de reclusão. 3. Ordem denegada. (HC 169.075/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011)

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0166064-9

HC 213.604 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 48100001923

EM MESA

JULGADO: 19/04/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ANDERSON DOUTINHO CORRÊA (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 Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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