

HABEAS CORPUS Nº 199.374 - SP (2011/0048059-3)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS VINÍCIUS DA SILVA BRITO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO. ENVOLVIMENTO DE MENOR (ART. 40, VI). RECONHECIMENTO JUSTIFICADO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO.

1. O Tribunal de origem, alicerçado nas provas existentes nos autos, concluiu deve ser mantida a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, uma vez que o réu envolveu adolescente na prática criminosa. Assim, a inversão do julgado demandaria o revolvimento da matéria fático-probatória, o que é sabidamente inviável em sede de **habeas corpus**.

2. De mais a mais, a certidão de nascimento não é o único documento hábil para se aferir a menoridade, basta que haja nos autos qualquer elemento que demonstre de alguma forma a idade do adolescente.

3. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não afasta a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. Entretanto, tal circunstância não pode ser utilizada como único fundamento para impor ao réu o regime fechado.

3. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

4. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

5. Ademais, o STF entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

6. No caso, as instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos contidos nos autos, à luz dos critérios estabelecidos nos arts. 33, §§ 2º e

Superior Tribunal de Justiça

3º, do Código Penal, visto que fundamentaram a fixação do regime fechado e a negativa de substituição da pena corporal com base, unicamente, na hediondez do delito.

7. Assim, afastada a vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, compete ao Juízo a quo reavaliar, em dados concretos, a possibilidade de aplicação de regime diverso do fechado, assim como a substituição da pena por restritivas de direitos.

8. Ordem parcialmente concedida para que o Juízo da Execução Penal reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como a conversão da sanção privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastada a vedação do art. 44 da Lei n.º 11.343/06.

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, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 25 de junho de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator

HABEAS CORPUS Nº 199.374 - SP (2011/0048059-3)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Lucas Vinícius da Silva Brito, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime fechado, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

À apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para reduzir as penas do ora paciente para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Neste *writ*, alega o impetrante, em síntese, que:

– a causa especial de aumento da pena prevista no art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/06 não pode ser aplicada ao caso, pois não há nos autos elementos que comprovem a menoridade do sujeito flagrado junto ao ora paciente comercializando as substâncias ilícitas;

– a figura do tráfico privilegiado afasta a equiparação do tráfico de drogas a delito hediondo e, conseqüentemente, a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado, bem como a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

– tendo em vista o **quantum** de pena aplicada e obedecida a diretriz prevista no art. 33, § 2º "c", do Código Penal, seria imperiosa a aplicação do regime aberto no presente caso.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 199.374 - SP (2011/0048059-3)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Consta dos autos que o paciente foi flagrando, juntamente com um menor, na posse de 55 invólucros de crack, pesando 9,80 g (nove gramas e oitenta centigramas), e de 26 porções de cocaína, pesando aproximadamente 23,80 g (vinte e três gramas e oitenta centigramas).

Alega a defesa que deve ser afastada a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, por ausência de prova documental acerca da menoridade do adolescente.

O Tribunal de origem, alicerçado nas provas existentes nos autos, concluiu deve ser mantida a referida majorante, uma vez que o réu envolveu adolescente na prática criminosa, anotando, **verbis**:

Ressalta-se que, realmente, ficou evidenciada a causa especial de aumento de pena, relativa a envolvimento de adolescente, descrita no artigo 40, inciso VI, da Lei de Tóxico. Em que pese ter o adolescente ficado calado durante sua oitiva na fase policial, ficou comprovado que estava em companhia do réu e, assim, como este, estava na posse de entorpecentes. Assim, bem configurado o envolvimento do menor. (e-fl. 148)

Diante desse contexto, a inversão do julgado demandaria uma análise acurada da matéria fático-probatória contida nos autos, o que é sabidamente inviável em sede de **habeas corpus**.

A propósito, veja-se:

REPRIMENDA. ART. 40, INCISO VI, DA LEI 11.343/06. ELEMENTOS PROBATÓRIO QUE EVIDENCIAM A MENORIDADE DO TERCEIRO ENVOLVIDO. AFASTAMENTO INDEVIDO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. O art. 40, VI, da Lei 11.343/06, determina que a reprimenda pelos

crimes dos arts. 33 a 37 da referida lei seja elevada, na terceira etapa da dosimetria, de 1/6 a 2/3 quando "sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação".

2. Inviável, na via restrita do remédio constitucional, o afastamento da causa especial de aumento em questão, quando as instâncias ordinárias apontam a existência de provas de que o terceiro participante possuía, à época dos fatos, 16 (dezesseis) anos de idade, e a impetrante deixou de comprovar documentalmente a sustentada ausência de menoridade, limitando-se a alegá-la.

(...)

(HC 155.144/MG, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 2/8/2010)

De mais a mais, a certidão de nascimento não é o único documento hábil para se aferir a menoridade, basta que haja nos autos qualquer elemento que demonstre de alguma forma a idade do adolescente.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO REFERENTE À DELITO CUJA PRÁTICA ENVOLVE CRIANÇA OU ADOLESCENTE. DOCUMENTO HÁBIL PARA COMPROVAR A MENORIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 74/STJ. ORDEM DENEGADA.

1. O acórdão impugnado entendeu pela existência de documentos hábeis a comprovar a menoridade da pessoa que acompanhava o Paciente na empreitada criminosa, dentre eles o Termo de apresentação na Promotoria da Infância e Juventude e a Representação ajuizada na Vara da Infância.

2. A Defesa alega que não ficou comprovado nos autos a menoridade da pessoa que acompanhava o Paciente durante o delito, razão pela qual deve ser afastada, da pena aplicada ao Paciente, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, sob o fundamento de aplicação da Súmula 74 deste Superior Tribunal de Justiça: 'Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.'

3. O documento hábil do qual a Súmula n.º 74/STJ faz referência não se restringe à certidão de nascimento, como defende a impetração. Outros documentos, dotados de fé pública e,

portanto, igualmente hábeis para comprovar a menoridade, também podem atestar a referida situação jurídica, como, por exemplo, o Termo de apresentação na Promotoria da Infância e Juventude e a Representação ajuizada na Vara da Infância.

4. Ordem denegada.

(HC 146.966/MS, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/9/2011)

De outra parte, pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não afasta a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. Entretanto, tal circunstância não pode ser utilizada como único fundamento para impor ao réu o regime fechado.

Com efeito, por ocasião do julgamento do HC 167.849/MG (sessão do dia 25.5.2010), salientei que, com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime no crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.

Disse mais: a Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.

Nesse sentido, verifiquem-se os recentes precedentes: **HC 130.113/SC**, Relator Ministro Nilson Naves; **HC 154.570/RS**, Relatora Ministra Maria Thereza; e **HC 128.889/DF**, Relator Desembargador convocado Celso Limongi. Este último assim sumariado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL À RECUPERAÇÃO DA CONDENADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando

a Lei nº 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos.

2. Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea 'c', deve ser o aberto.

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva.

(HC 128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 5.10.2009)

Não se pode olvidar que o STF entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

No caso, as instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos contidos nos autos, à luz dos critérios estabelecidos nos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, visto que fundamentaram a fixação do regime fechado e a negativa de substituição da pena corporal com base, unicamente, na hediondez do delito.

Assim, afastada a vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06, compete ao Juízo **a quo** reavaliar, em dados concretos, a possibilidade de aplicação de regime diverso do fechado, assim como a substituição da pena por restritivas de direitos.

À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem para que o Juízo da Execução Penal, reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como a conversão da sanção privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastada a vedação do art. 44 da Lei n.º 11.343/06.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2011/0048059-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.374 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14132009

990102491234

EM MESA

JULGADO: 25/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS VINÍCIUS DA SILVA BRITO

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 do Sr. Ministro Relator."

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.