



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.660 - MS (2011/0025424-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSE BERNARDO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIMINUIÇÃO DE 1/2 (METADE). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do patamar de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, tendo em vista a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com o paciente - **2.165 gramas de cocaína**.

3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante da parte final do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos nos delitos elencados na Lei de Drogas, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Evidenciada a gravidade concreta do delito cometido, dada a nocividade e a elevada quantidade de droga apreendida, a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, mostrando-se inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão da Corte Estadual que negou a permuta, por entender não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.660 - MS (2011/0025424-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSE BERNARDO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSE BERNARDO DA SILVA, contra acórdão proferido pela Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 2010.022834-8, negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao inconformismo ministerial para que **a pena de 3 (três) anos de reclusão seja cumprida em regime inicial fechado, afastando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantida, no mais, a sentença condenatória.**

Noticia a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto teria havido *bis in idem* em razão da suposta dupla valoração da quantidade de droga apreendida quando da dosimetria da pena, na primeira e terceira fases.

Alega que o paciente faria *jus* à minoração de sua pena no grau máximo de 2/3 (dois terços) pelo fato de incidir na espécie a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06.

Defende que o modo aberto seria o mais indicado para o início de execução da pena do condenado e seria inconstitucional a vedação à substituição da pena aos condenados por tráfico de drogas.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a minorante no seu patamar máximo, restaurando-se o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.660 - MS (2011/0025424-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de **3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto**, e ao pagamento de 330 (trezentos e trinta) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela prática da conduta prevista no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia **16-2-2009**, teria sido flagrado transportando *"para fins de comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, droga, qual seja, 01 (um) invólucro em forma de cinta, envolvido por fita crepe de cor bege, contendo em seu interior a substância conhecida popularmente como 'cocaína', pesando o total de 2.165 g (dois mil cento e sessenta e cinco gramas), substância esta proibida em todo território nacional pela Portaria n. 344 da Secretaria Nacional da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, de 12/05/1998, conforme auto de apreensão de f. 13, registros fotográficos de f. 31 e laudo de exame preliminar de constatação de substância de f. 17"* (e-STJ fls. 31 e 32).

Irresignadas, as partes interpuseram recurso de apelação criminal perante a Corte Estadual, a qual negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao inconformismo ministerial para que a pena de 3 (três) anos de reclusão fosse cumprida em regime inicial fechado, afastando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Relativamente à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o juiz sentenciante, entendendo que seria caso de aplicação da minorante, fixou o patamar de 1/2 (metade) para a redução da pena, considerando que:

*"Dispõe a lei, no § 4º do art. 33, que as penas impostas ao condenado por tráfico poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3 desde que o agente seja primário, ostente bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.
[...]."*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o acusado preenche as exigências legais indispensáveis à redução da pena (antecedentes de f. 43), eis que é primário e não existe comprovação de que integre organização criminosa. O percentual a ser aplicado será analisado na dosimetria.

[...].

Incide na espécie a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, **impondo-se a redução da pena em 1/2, diante da quantidade de droga que era transportada pelo réu**, ficando a pena definitiva em 03 anos de reclusão e 330 dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo" (e-STJ fls. 62 e 63).

A Corte impetrada, por sua vez, ao negar provimento ao recurso defensivo, manteve o *quantum* de redução de 1/2 (metade) argumentando para tanto o seguinte:

"O apelante - José Bernardo - faz jus à diminuição de pena, prevista no § 4º, do art. 33, do CP, preenchendo todos os requisitos exigidos, quais sejam: primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A existência de inquérito policial em desfavor do acusado, não gera maus antecedentes, em razão do princípio da presunção de inocência.

[...].

Assim, tendo em vista que não há sentença condenatória transitada em julgado em desfavor do réu, cabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, **a qual deve ser aplicada a razão de 1/2, como determinado pelo magistrado, considerando a natureza e a quantidade da droga apreendida (2.165 g de 'cocaína')**.

Destaca-se que a teor do que dispõe o art. 42 da Lei de Drogas, a quantidade e a natureza do entorpecente devem preponderar sobre as demais circunstâncias, descritas no art. 59 do CP" (e-STJ fls. 105 e 106).

Cumprido esclarecer que, no tocante aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução da reprimenda pela causa especial em questão, esse Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que: "Se o legislador da Lei n.º 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do *quantum* da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas" (HC n.º 118.098/RS, Relator(a) Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 9-12-2008).

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena 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".*

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que deixou de fixar a fração máxima legalmente prevista para a redução de pena insculpida no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que a natureza e a quantidade de droga apreendida - **2.165 gramas de cocaína** - justificam a aplicação de fração da redução no patamar estabelecido, ou seja, 1/2 (metade), sobretudo em razão do potencial altamente lesivo à saúde pública da substância entorpecente apreendida, que é maior do que a de outras drogas.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PATAMAR DE 1/2 (METADE). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade da droga apreendida - 14 porções de crack -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduzidor em seu grau máximo.

4. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

6. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

(HC 162.106/MG, Rel. MIN. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 10/10/2011).

Apenas ressalte-se que, ao contrário do afirmado na impetração, não se pode dizer que implica *bis in idem* a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

1. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. **O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.**

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n. 1.069.767/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009). (Grifos próprios).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado ao sentenciado, o magistrado de primeiro grau determinou a imposição do modo aberto, nos termos do art. 33 e 59 do Código Penal (e-STJ fls. 64). A Corte Estadual, por sua vez, ao dar provimento ao apelo ministerial, alterou o regime para o inicialmente fechado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07 (e-STJ fl. 108).

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção do paciente tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restou condenado **ocorreu em 16-2-2009** (e-STJ fls. 31), após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007, que entrou em vigor no dia 29-3-2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.

Nesse sentido, o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). PENA: 2 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 275 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (1 BUCHA DE MACONHA E 11 PEDRAS DE CRACK). DELITO COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07 (13.08.2008). INADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. [...].

1. Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (11 pedras de crack e 1 bucha de maconha) justificam a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

2. Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

[...]

10. Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. (HC n.º 187.962/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 22-2-2011, DJe 21-3-2011)

Ainda, o seguinte precedente da Suprema Corte:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGÇÃO.

1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal - seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado.

2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante.

3. Ordem denegada. (HC n.º 103.011/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 24-8-2010, DJe 10-9-2010)

Assim, ausente constrangimento ilegal a ser sanado também neste ponto.

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, o magistrado sentenciante entendeu viável proceder-se à permuta, sob os seguintes fundamentos:

"Segundo consta do Informativo nº 463/STF, o Plenário do STF concluiu o julgamento do HC nº 85.849/RJ, Min. Gilmar Mendes (sessão de 19.4.2007, acórdão pendente de publicação), reconhecendo, por maioria, a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos para os casos de tráfico ilícito de entorpecentes.

*Feitas todas essas considerações, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na forma do § 2º, do art. 44, do Código Penal, consistentes em **prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas**, pelo tempo da pena privativa de liberdade aplicada, atentando-se para o disposto no § 4º, do artigo 46 do Código Penal, e **prestação pecuniária**, no valor de 03 salários mínimos, em favor do Conselho da Comunidade de três lagoas, incumbindo ao juiz da vara de execuções penais estabelecer as condições de cumprimento" (e-STJ fls. 64).*

A Corte de origem, por seu turno, ao dar provimento ao apelo ministerial, entendeu pela inviabilidade da benesse em questão, sob os seguintes fundamentos:

"Por fim, quanto a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, melhor sorte não lhe socorre, pois tal substituição é flagrantemente incompatível com a hediondez do crime perpetrado pelo agente, além de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não ser socialmente recomendável.

Demais disso, tal benesse destina-se a réus que cometeram delitos de menor gravidade, não se presta àqueles que praticaram crimes graves, hediondos ou equiparados, tendo em vista sua reconhecida perniciosidade à sociedade" (e-STJ fls. 108).

É certo que, inicialmente, esta Quinta Turma adotou o entendimento de que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a vedação expressa contida no art. 44 da aludida norma (nesse sentido: *HC 154.799/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 27/09/2010; HC 146.032/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 13/09/2010*).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão *"vedada a conversão em penas restritivas de direitos"*, constante do § 4º do art. 33 da novel Lei de Drogas, bem como da expressão *"vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos"*, contida no art. 44 do mesmo diploma legal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Ayres Britto.

Para melhor análise do tema, transcreve-se excerto extraído do Informativo n.º 598 do Pretório Excelso:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente habeas corpus e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de writ, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas ("Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."). Sustentava a impetração que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional – v. Informativos 560, 579 e 597. Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convolação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o habeas corpus.

Ora, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões dos arts. 33, § 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, afigura-se possível, em princípio, a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da novel Lei Antidrogas.

Mas, para proceder-se à substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, necessário o preenchimento, pelo paciente, das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da benesse, previstas no art. 44 do CP.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que foi negada ao acusado a almejada substituição da pena pela Corte de origem, não diante da vedação legal ao benefício, mas sim em razão do não preenchimento dos requisitos subjetivos legalmente exigidos, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela natureza e grande quantidade de droga consigo encontrada - **2.165 gramas de cocaína** - , o que demonstra que, *in casu*, a não conversão da sanção reclusiva encontra-se justificada, pois realmente não se revelaria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

Nesse norte, o seguinte precedente, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. PACIENTES CONDENADOS A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO E SESSENTA DIAS MULTA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONVERSÃO DE PENA NÃO RECOMENDÁVEL.

1. Não é possível, nesta sede, desconstituir o decidido pela Corte de origem, a qual, em acórdão suficientemente motivado, entendeu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratar-se o caso de tráfico de drogas, não de porte para consumo.

2. 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.

3. No caso, os pacientes são primários e lhes foi desfavorável apenas uma circunstância judicial, isto é, a culpabilidade. Por isso, tem-se por razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto, suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

4. Mesma sorte não lhes assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a quantidade de droga apreendida não recomenda o benefício.

5. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 144.476/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 14/02/2011 - destacamos)

Assim, comprovada a gravidade concreta do delito cometido, dada a grande quantidade e a natureza de entorpecente apreendido, altamente lesivo à saúde pública, inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão da Corte Estadual que entendeu não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a permuta.

Ante o exposto, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0025424-0

HC 196.660 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100228348 21090012004

EM MESA

JULGADO: 14/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSE BERNARDO DA SILVA

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.