



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 201.085 - MG (2011/0061882-0)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : DANIEL CARVALHO (PRESO)
ADVOGADO : SUZI PATRICE AGUILAR SILVA MATOS E MEIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 619 DO CPP. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 33, **CAPUT**, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

I – Inexistindo, no acórdão embargado, a alegada omissão, nos termos do art. 619 do CPP, não merecem ser acolhidos os embargos de declaração que, em verdade, revelam o inconformismo do embargante com as conclusões do **decisum**.

II – Sobre o tema, na sessão plenária de 01/09/2010, pronunciou-se o colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **Habeas Corpus** 97256/RS, ao conceder parcialmente a ordem, por maioria, para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal, ficando a cargo do Juízo da Execução o exame dos requisitos necessários para conversão da pena (STF, HC 97256/RS, Rel. Min. AYRES BRITO, PLENO, DJe de 15/12/2010).

III – Removidas as expressões contidas no art. 33, § 4º, e no art. 44 da Lei 11.343/2006, que vedavam, expressamente, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, por afronta à Constituição Federal, em especial ao seu art. 5º, XLVI, pelo órgão jurisdicional competente para dar a última palavra, em matéria constitucional, ou seja, o Pleno do colendo Supremo Tribunal Federal, é de se afastar, desde já, o óbice contido nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, sem que isso configure qualquer ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF), consagrada, inclusive, na Súmula Vinculante 10, também do STF. (STF, HC 97256/RS, Rel. Min. AYRES BRITO, PLENO, DJ e de 15/12/2010)

IV - Consoante a jurisprudência desta Corte, " não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de **habeas corpus**, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. In casu, o acórdão que, diante da pena-base fixada no mínimo legal, e, com a reprimenda final estabelecida em um ano e oito meses de reclusão, fixa o regime inicial aberto, encontra-se em sintonia com a jurisprudência das duas Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Pretório Excelso. Ademais, com a declaração de inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, seria ilógico inviabilizar-se a fixação do regime inicial diferente do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado. 3. Embargos de declaração rejeitados. (STJ, EDcl no HC 214961/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe de 17/11/2011)

V - Embargos de declaração rejeitados.

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, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2012(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 201.085 - MG (2011/0061882-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público Federal a acórdão prolatado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que se encontra assim ementado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. **É possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do quantum de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte. No caso em tela, o regime mais brando mostra-se adequado, tendo em vista tratar-se de pena inferior a 4 anos (1 ano e 8 meses de reclusão), levando-se em conta que a reprimenda básica foi fixada no mínimo legal, ante a existência de circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, sendo pequena a quantidade de droga apreendida - 3 pedras de crack e 11 buchas de maconha.**

2. **Desde o julgamento do Habeas Corpus nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas.**

3. **O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 11.343/2006 que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas.**

4. **Habeas corpus concedido para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituí-la por**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

duas restritivas de direitos, tal qual estabelecido pelo juiz de primeiro grau na sentença condenatória."

Sustenta o embargante que "o acórdão precisa ser aclarado de modo a possibilitar a eventual interposição de recurso extraordinário, sendo certo que a Sexta Turma desse Colendo Tribunal contrariou o disposto no art. 97 da CF/88, na medida em que, para decidir como decidiu, afastando a aplicação do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (na redação da Lei nº 11.464/07), e não simplesmente interpretando-o, necessariamente passou pela etapa lógica da declaração de inconstitucionalidade do citado preceito normativo"; que "o ora embargante não almeja que essa Sexta Turma modifique o seu entendimento, mas, sim, que se manifeste sobre se houve ou não vulneração ao disposto no art. 97 da CF/88, já que, ao fixar o regime inicial aberto ao ora paciente e em sentido contrário à manifestação deste órgão, afastou o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (redação da Lei nº 11.464/2007) que estabelece, para os delitos praticados sob a égide da Lei nº 11.464/2007 (**in casu**, em 09.04.2009), o regime inicial fechado de cumprimento de pena, independentemente de considerações em torno da quantidade da pena aplicada ou da existência de eventuais circunstâncias judiciais favoráveis ao apenado (arts. 33 e 59 do CP)".

Pretende o embargante, em síntese, a manifestação dessa Sexta Turma acerca da vulneração ou não do art. 97 da Constituição Federal, porquanto o acórdão embargado, ao fixar o regime inicial aberto, para o paciente, afastou o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/2007, que estabelece, para os delitos praticados sob sua égide, o regime inicial fechado para cumprimento da pena, independentemente de considerações acerca da quantidade da droga ou da existência de eventuais circunstâncias judiciais favoráveis ao apenado (arts. 33 e 59 do CP).

Assim, requer sejam aclarados os pontos omissos, no aresto embargado, propiciando o acesso da causa ao Supremo Tribunal Federal, por entender que "o acórdão padece de flagrante e grave nulidade, por violar a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88)" (fl. 119), o que não é admitido, nos termos da Súmula Vinculante 10/STF.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 201.085 - MG (2011/0061882-0)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Cabível a oposição de embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão, de acordo com os arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal.

No caso, não existe a omissão apontada pelo embargante, de vez que o voto condutor do acórdão apreciou, fundamentadamente e por completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelo embargante.

Com efeito, o voto condutor do acórdão embargado examinou, expressamente, com fundamento em precedentes desta Corte e do STF, a possibilidade de fixação de regime aberto para o cumprimento da pena de prisão, assim como o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, para condenados pelo crime de tráfico de drogas, nos seguintes termos (fls. 102/105e):

"Entretanto, considerando a quantidade de pena aplicada - 1 ano e 8 meses de prisão -, reconhecida a primariedade do réu e fixada a pena-base no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, como no caso, levando em conta, ainda, a pequena quantidade de droga apreendida em seu poder - 3 pedras de crack e 11 buchas de maconha -, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto, visto que não supera 4 anos, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, eis que alheia às particularidades do caso concreto, consoante vem sendo decidido pela Sexta Turma desta Corte.

São os nossos precedentes:

A - "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI N.º 11.343/06. 1. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. RÉU PRIMÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE INTEGRE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, NEM QUE SE DEDIQUE À ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INCIDÊNCIA. 3. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. 4. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não obstante o colegiado do Tribunal de origem não ter examinando a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior. Precedentes.

2. Em sendo o acusado primário, sem antecedentes desabonadores, e não se comprovando qualquer participação do paciente em organização criminosa ou de sua dedicação à atividade criminosa, é de ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

3. **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.**

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a incidência da causa de diminuição, reduzindo a pena aplicada, e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Mantida as demais cominações estipuladas no acórdão." (HC nº 154.570/RS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 10/5/2010.)

B - "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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 128.889/DF, Relator o Desembargador convocado **CELSO LIMONGI**, DJe de 5/10/2009.)

De outro giro, muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, a partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS (sessão de 18/3/2010 – acórdão pendente de publicação), de Relatoria do Ministro Nilson Naves, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas.

Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC 149.807/SP, da relatoria do Ministro Og Fernandes, DJe de 20/9/2010, que traz a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS, RECONHECIMENTO DE PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. ADEQUAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. NECESSIDADE.

1. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

2. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do processo por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.

3. A aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos, alheia às peculiaridades do caso concreto, acarretaria inafastável ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo.

4. Se o dispositivo legal responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – que iniciem a expiação no regime mais gravoso.

5. É certo que num momento anterior, quando da apreciação da Arguição de Inconstitucionalidade no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, a Corte Especial, majoritariamente, afastou a possibilidade do deferimento do benefício da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas na vigência da Lei nº 11.343/06.

6. Contudo, a partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente.

7. 'A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes' (STF, HC 102.678/MG, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 23.4.2010).

8. Considerando a quantidade de pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão; a primariedade e os bons antecedentes; e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é devido o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e também a substituição da sanção corporal por duas medidas restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos.

9. Na aplicação da pena de multa, deve-se guardar proporção com a privativa de liberdade.

10. Na hipótese, após a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o Tribunal de origem reduziu a reprimenda em 2/3 (dois terços), diminuindo a pena pecuniária em apenas 1/3 (um terço).

11. Ordem concedida para, de um lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana; de outro lado, redimensionar a pena pecuniária, de 332 (trezentos e trinta e dois) para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções."

Ademais, no julgamento do HC nº 97.256/RS, realizado na sessão Plenária do dia 1º de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu que são inconstitucionais dispositivos da Nova Lei de Drogas que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico de drogas.

Desse modo, acompanhando os recentes julgados desta Turma e do STF, entendo ser devida a substituição da sanção corporal imposta ao paciente por duas medidas restritivas de direitos, conforme estabelecido pelo juiz de primeiro grau na sentença condenatória, uma vez preenchidos os requisitos legais.

Diante do exposto, concedo o **habeas corpus** para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituí-la por duas medidas restritivas de direitos, tal qual estabelecido pelo juiz de primeiro grau na sentença condenatória" (fl. 99/106e).

O referido art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 dispõe que:

"Art. 33 (...)

*§ 4º Nos delitos definidos no **caput** e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, **vedada a conversão em penas restritivas de direitos**, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."*

Em igual sentido dispõe o art. 44 da referida Lei 11.343/2006:

"Art. 44 - Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

Ocorre que, como visto na fundamentação do acórdão embargado, sobre o tema, na sessão plenária de 01/09/2010, pronunciou-se o colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **Habeas Corpus** 97256/RS, ao conceder parcialmente a ordem, por maioria, declarando **“inconstitucionais os dispositivos da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos** (também conhecida como pena alternativa) **para condenados por tráfico de drogas**. A determinação da Corte limita-se a remover o óbice legal, ficando a cargo do Juízo das execuções criminais o exame dos requisitos necessários para conversão da pena” (cf. Notícias STF, de 01/09/2010).

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. **Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.**” (STF, HC 97256/RS, Rel. Min. AYRES BRITO, PLENO, DJ e de 15/12/2010)

Assim, removidas as expressões contidas nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, que vedavam, expressamente, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, por afronta à Constituição Federal, em especial ao seu art. 5º, XLVI, pelo órgão jurisdicional competente para dar a última palavra, em matéria constitucional, ou seja, o Pleno do colendo Supremo Tribunal Federal, correto o afastamento, na hipótese, do óbice contido nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, sem que isso configure qualquer ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF), consagrada, inclusive, na Súmula Vinculante 10, também do STF.

Confirmam-se, por oportuno, julgados da Suprema Corte, neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. JURISDIÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A MATÉRIA. INAPLICABILIDADE. TRIBUTÁRIO. MULTA. MASSA FALIDA. ART. 9º DO DECRETO-LEI 1.893/1981. PRECEDENTES. **Os órgãos fracionários dos Tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de normas se a matéria já tiver sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que incidentalmente. Inaplicável, no caso, o art. 97 da Constituição. Agravo regimental ao qual se nega provimento.**” (STF, AI 413118 AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA do STF, DJe 081, de 07/05/2010).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO: MESMA TITULARIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A matéria constitucional contida no recurso extraordinário não foi objeto de debate e exame prévios no Tribunal **a quo**. Tampouco foram opostos embargos de declaração, o que não viabiliza o extraordinário, por ausência do necessário prequestionamento.

2. **A observância pelos tribunais do princípio constitucional da reserva de plenário, disposto no art. 97 da Constituição da República, para declarar uma norma inconstitucional, apenas se justifica se não houver decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.**” (STF, AI 481584 AgR, Rel. Min. CÁRMEM LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 157, de 21/08/2009).

Assim, na hipótese, não há que se falar em desrespeito à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal, nem tampouco à Súmula Vinculante 10/STF, entendimento que se tem consolidado nos precedentes desta Sexta Turma, **in verbis**:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. **É descabido falar em desrespeito à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição da República, ou à Súmula Vinculante 10/STF, uma vez que o afastamento da**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obrigatoriedade do regime inicial fechado pelo acórdão embargado lastreou-se no entendimento manifestado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 97.256/RS, da relatoria do Ministro Ayres Britto.

2. A opção pelo regime menos gravoso fundamentou-se no fato de que a reprimenda é de curta duração, o réu é primário e todas as circunstâncias judiciais lhe foram favoráveis, razão pela qual não há omissão quanto a esse aspecto.

3. Embargos declaração rejeitados." (EDcl no HC 141360/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe de 22/08/2011)

"PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, AMBIGUIDADE OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO EMBARGADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. INADMISSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração em matéria criminal está disciplinado no artigo 619 do Código de Processo Penal, sendo que a inexistência dos vícios ali consagrados importam no desacolhimento da pretensão aclaratória.

2. **Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. In casu, o acórdão que, diante da pena-base fixada no mínimo legal, e, com a reprimenda final estabelecida em um ano e oito meses de reclusão, fixa o regime inicial aberto, encontra-se em sintonia com a jurisprudência das duas Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Pretório Excelso. Ademais, com a declaração de inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, seria ilógico inviabilizar-se a fixação do regime inicial diferente do fechado.**

3. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no HC 214961/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe de 17/11/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelo exposto, à míngua da mencionada omissão, rejeito os Embargos de Declaração.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0061882-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 201.085 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 10443080370044

EM MESA JULGADO: 11/09/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SUZI PATRICE AGUILAR SILVA MATOS E MEIRA
ADVOGADO : SUZI PATRICE AGUILAR SILVA MATOS E MEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DANIEL CARVALHO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Parte Geral - Aplicação da Pena

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : DANIEL CARVALHO (PRESO)
ADVOGADO : SUZI PATRICE AGUILAR SILVA MATOS E MEIRA

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, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.