



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.588 - MG (2010/0125014-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JASON VIDAL E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JEAN MARCELINO RIBEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA. FORMA INTERMEDIÁRIA QUE SE MOSTRA DEVIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação, em tese, de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n. 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. Mostra-se devida a imposição do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do CP e do art. 42 da nova Lei de Tóxicos, pois, não obstante o *quantum* de pena fixado não exceder a 4 anos de reclusão, verifica-se a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais e a gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela natureza e pela grande quantidade de droga apreendida em poder do paciente - 381 gramas de "crack", cuja nocividade é muito maior do que a de outras drogas.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DA PERMUTA. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. COAÇÃO EM PARTE EVIDENCIADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante 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, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A gravidade abstrata do delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido, para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do CP, e afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.588 - MG (2010/0125014-8)

IMPETRANTE : JASON VIDAL E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JEAN MARCELINO RIBEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JEAN MARCELINO RIBEIRO contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 1.0338.07.057090-2/001, interposta pela defesa, tão somente para aplicar o patamar máximo de redução previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, reduzindo a reprimenda do paciente para 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da referida Lei Federal.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o "tráfico privilegiado", assim entendido aquele em que incide a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, não seria equiparado a crime hediondo, por ausência de expressa previsão legal neste sentido, não se podendo aplicar, ao caso, as disposições previstas na Lei n.º 8.072/90, razão pela qual faria o apenado jus ao regime inicial aberto ou semiaberto para o resgate da reprimenda imposta.

Defendem a possibilidade da substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos no caso, porquanto a vedação prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, seria desproporcional, uma vez que trata o pequeno traficante de forma diferenciada na fixação da pena, mas o equipara aos grandes traficantes quanto ao regime de cumprimento das reprimendas.

Requereram, liminarmente, pudesse o paciente aguardar no regime aberto o julgamento final do presente *mandamus*. No mérito, pugnam pela fixação do modo mais brando de execução e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, apenas para que fosse fixado ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.588 - MG (2010/0125014-8)

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 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porque, no **dia 23-1-2007**, transportava, no interior de veículo automotor, para fins de difusão ilícita, várias pedras e uma barra da substância entorpecente conhecida como "crack", totalizando 381 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (e-STJ fl. 23).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento apenas para alterar de 1/5 para 2/3 a fração relativa à causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, reduzindo a reprimenda do paciente para 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 183 (cento e oitenta e três) dias-multa.

No que se refere ao regime de cumprimento de pena imposto ao paciente, o juiz sentenciante entendeu devida a fixação do regime inicialmente fechado, "*conforme dispõe a nova redação emprestada à Lei n.º 8.072/90*" (e-STJ fl. 27).

A Corte impetrada, por sua vez, por maioria, manteve inalterado o modo mais gravoso de execução, pelos fundamentos a seguir aduzidos:

[...] entendo que a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não tem o condão de afastar o caráter hediondo do delito de tráfico. Isso porque, malgrado o abrandamento da pena, subsiste a figura típica do traficante delineada no art. 33, caput, da Lei de regência, ou seja, não há como tornar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 um crime autônomo e, conseqüentemente, afastar a tísia de delito equiparado a hediondo.

[...]

Assim, em que pese o reconhecimento da causa de diminuição de pena, o delito pelo qual o apelante foi condenado é equiparado a hediondo e, como tal, segue as disposições da Lei n.º 8.072/90, salvo no que houver



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incompatibilidade.

Como a Lei n.º 11.343/06 não cuidou do regime de cumprimento de pena, deve ser observado o regramento constante da Lei de Crimes Hediondos (com as modificações introduzidas pela Lei n.º 11.464/07), a qual dispõe, em seu artigo 2º, § 1º, que o regime de cumprimento de pena será sempre o fechado, afastando-se, desse modo, as diretrizes contidas no artigo 33 do Código Penal. (e-STJ fls. 21-22)

Inicialmente, cumpre esclarecer que, no que tange à alegação de que o tráfico de drogas praticado na forma "privilegiada" - com a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 - afastaria a hediondez do delito e, conseqüentemente, a incidência da Lei n.º 11.464/2007, necessário se faz, para melhor análise da questão, transcrever o disposto no art. 33, *caput* e § 1º, a Lei n.º 11.343/2006, que tipifica as condutas do crime de tráfico de drogas, *verbis*:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

O § 4º do art. 33 da mencionada lei federal, por sua vez, prevê a figura do chamado "tráfico privilegiado". Ei-lo:

§ 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas nem integre organização criminosa.

De um lado, há quem entenda que a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 afasta a hediondez do delito. Isso porque haveria uma desproporção na aplicação da pena diminuída pela incidência do referido dispositivo legal - que pode chegar ao mínimo de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão -, comparando-a com as penas aplicadas aos condenados por crimes hediondos e equiparados, considerados de maior gravidade e de maior potencialidade lesiva.

Os defensores dessa corrente - entre os quais é exemplo Luiz Flávio Gomes - argumentam, outrossim, que o Decreto n.º 6.706/2008 permitiu a concessão de indulto aos condenados pelo crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, enquanto que o art. 2º, inciso I, da Lei n.º 8.072/1990 veda a concessão do referido benefício nos crimes hediondos e equiparados, dentre os quais o de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. (GOMES, Luiz Flávio; RUDGE, Elisa M. *Drogas: admite-se a combinação de leis penais para beneficiar o réu?* Disponível em: <http://www.lfg.com.br>).

Louvam-se, ainda, no argumento de que o homicídio privilegiado não é considerado hediondo, porquanto tal figura não se encontra no rol taxativo da Lei n.º 8.072/1990, razão pela qual deveria, em princípio, ser aplicado o mesmo raciocínio para os condenados pela prática do crime de tráfico de drogas com a aplicação da causa especial prevista no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas.

Em que pesem tais posicionamentos, razoável compreender que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não desnatura o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, vez que nada mais é do que uma causa especial de diminuição de pena.

Importante destacar que, ao contrário do privilégio e das qualificadoras - que constituem tipo penal autônomo, com nova cominação de penas -, as causas especiais estabelecem tão somente modificação nos parâmetros da pena em abstrato do tipo fundamental, com frações de aumento ou de diminuição da reprimenda.

Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.

Ressalte-se que o simples fato de o rol das vedações previstas no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 não contemplar o § 4º do art. 33 dessa lei não afasta o caráter hediondo dessa figura, vez que, da leitura atenta daquele dispositivo, observa-se que ele elenca apenas tipos penais (art. 33, *caput*; art. 33, § 1º; e arts. 34 a 37), o que autoriza a conclusão de que esse rol não deveria mesmo incluir uma causa especial de diminuição de pena.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci assevera que *"a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º."* (In: *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3ª edição. Revista dos Tribunais: 2008, p. 320).

Ademais, a simples vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos prevista no próprio art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 reafirma o posicionamento ora adotado, no sentido de que, por certo, não quis o legislador afastar o caráter hediondo dessa conduta, mesmo permitindo punição mais branda, quando preenchidos os pressupostos legais para a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Assim, porque demonstrada a hediondez da figura insculpida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, não há que se falar em afastamento da Lei n.º 11.464/2007 aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, se cometido já na vigência dessa lei.

Entretanto, consta da sentença condenatória que o crime de tráfico de drogas imputado ao paciente ocorreu em **23-1-2007** (e-STJ fl. 23), **antes**, portanto, do advento da Lei n.º 11.464, que entrou em vigor no dia 29 de março de 2007.

Com efeito, ante a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, passou a ser perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação, em tese, de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n.º 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor, como reiteradamente vem orientando este Superior Tribunal.

Nessa direção, tem-se:

PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. REGIME ABERTO INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 PELO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que preconizava o cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos em regime integralmente fechado, restou possibilitada a execução da sentença penal condenatória desses feitos pelos outros regimes prisionais previstos no ordenamento jurídico para a pena de reclusão, disciplinados no art. 33 do Código Penal (fechado, semi-aberto e aberto), bem como a progressão para o sistema mais brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP.

2. Assim sendo, em se tratando de crimes hediondos, para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada, faz-se necessário que a pena-base seja fixada acima do mínimo legal, por meio de motivação idônea, com demonstração concreta das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que, necessariamente, devem ser desfavoráveis ao réu, para a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Esse entendimento, todavia, no que tange aos delitos relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, só tem aplicação aos tipos cometidos anteriormente à vigência da Lei 11.464, de 28/3/07, haja vista que esse diploma legal preconizou que nos crimes dessa espécie a pena deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado.

4. Considerando que, no caso concreto, (a) a traficância antecedeu a citada alteração legislativa, (b) o réu é primário e (c) a pena-base foi fixada no mínimo legal (por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu), impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda aplicada por tráfico ilegal de drogas, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal.

5. Ordem concedida. (HC n.º 60523/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, j. em 25-10-2007)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: EXECUÇÃO. Criminal. Pena. Tráfico de drogas. Regime inicial fechado. Incidência do art. 2, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação determinada pela Lei nº 11.464/07. Fato ocorrido antes da vigência da lei. Retroatividade de lei penal mais gravosa. Inadmissibilidade. Reclusão por tempo inferior a 4 (quatro) anos. Incidência do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal. HC concedido. Aplicação da súmula 719.

A garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa impõe a aplicação, aos fatos praticados antes da edição da Lei n.º 11.464/07, da regra geral do art. 33, § 2, 'b', do Código Penal, para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena." (HC n.º 98.365/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 15-12-2009, DJe 12-2-2010)

Desta forma, perfeitamente possível a fixação, em tese, de regime inicial menos severo que o fechado aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes cometido **antes** do advento da Lei n.º 11.464/07, devendo ser observado, para a escolha do modo de cumprimento de pena, o disposto nos arts. 33 e 59 do CP, como se verifica na hipótese *sub examine*.

No caso, merece ser fixado ao paciente o **modo inicial semiaberto**, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do CP, sendo inviável a imposição do regime aberto, como pretendido, pois, não obstante o *quantum* de pena definitivamente irrogado não exceda a 4 (quatro) anos de reclusão - 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão -, verifica-se a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais e a gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela natureza e pela **grande** quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do paciente - 381 gramas de "crack", cuja nocividade é **muito** maior do que a de outras drogas -, circunstâncias que evidenciam que o **regime inicial intermediário** é o que se mostra o mais adequado para a prevenção e repressão dos delitos denunciados, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP, observado o disposto no art. 42 da nova Lei de Drogas.

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, o magistrado sentenciante entendeu inviável proceder-se à permuta, pelos fundamentos a seguir aduzidos:

[...] tendo em vista o 'quantum' da reprimenda e considerando que o crime de tráfico é equiparado a hediondo, circunstâncias que não autorizam medidas alternativas à prisão, por inadequadas dos pontos de vista educativo e retributivo, deixo de proceder à substituição da pena corporal por restritiva de direitos [...]. (e-STJ fls. 27-28)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte impetrada, por seu turno, manteve o afastamento da benesse em questão, *"tendo em conta que o crime foi praticado após a edição da Lei 11.343/06, encontrando o pleito expressa vedação no artigo 33, § 4º, c/c o art. 44, ambos da referida lei, os quais se aplicam ao caso em tela - a despeito da Lei 11.464/2007 - pelo critério da especialidade"* (e-STJ fl. 22).

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, em 1º de setembro de 2010, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”). Sustentava a impetração que a 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, a 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 paciente a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos também em razão da gravidade abstrata do delito cometido (e-STJ fls. 27-28), argumento que, segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, não constitui, por si só, motivação idônea a ensejar a negativa de permuta.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO DA LEI N.º 10.409/2002. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE ALEGAÇÃO OPORTUNA. PRECLUSÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

3. A tão-só gravidade genérica do delito constitui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento insuficiente para negativa do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos.

4. Ordem concedida parcialmente, apenas para deferir a substituição

da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, na modalidade e condições a serem fixadas pelo Juízo da Vara das Execuções Penais. (HC n.º 75.210/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13-10-2009, DJe 14-12-2009) (grifos nossos)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (LEI DE TÓXICOS). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 44 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II - ***A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar o indeferimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos no art. 44 do CP. (Precedentes).***

III - Embora já esteja em vigor o dispositivo legal que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico (art. 44, **caput**, da Lei nº 11.343/2006), ele não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que se trata de **lex gravior**, incidindo, portanto, somente aos casos ocorridos após a sua vigência.

Writ concedido. (HC 80.395/SP, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 08/10/2007.)

Desta forma, ausente qualquer empecilho legal para a substituição, a ordem deve ser concedida parcialmente nesse ponto, apenas para afastar a vedação contida nos arts. 33, § 4º e 44 da Lei n.º 11.343/06, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar o preenchimento das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da referida substituição, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do CP, e afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a concessão da pretendida permuta.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0125014-8

HC 178.588 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10338070570902 338070570902 5709029320078130338

EM MESA

JULGADO: 23/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JASON VIDAL E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JEAN MARCELINO RIBEIRO

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.