



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.207 - MT (2012/0068366-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : DANIELLE P VILAS BÔAS BIANCARDINI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : ADAIR ROSA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ERRÔNEA IMPETRAÇÃO DE *WRIT* ORIGINÁRIO EM SUBSTITUIÇÃO À VIA DE IMPUGNAÇÃO ADEQUADA, QUAL SEJA, O RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE PERMITA A CONCESSÃO DE ORDEM *EX OFFICIO*. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. Hipótese em que o Paciente foi condenado à pena de 03 (três) anos, 03 (três) meses e 20 (vinte dias) de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, porque transportava, em transporte público interestadual, a quantidade de 1,007 kg (um quilograma e sete gramas) de "cocaína".

2. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC 97.256/RS, julgou inconstitucional a proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, considerando, sobretudo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

4. Ausência de configuração de flagrante ilegalidade que permita a concessão de ordem *ex officio*.

5. *Writ* não-conhecido, por se tratar de errônea impetração de *habeas corpus* originário em substituição à via de impugnação cabível, qual seja, o recurso ordinário constitucional.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.207 - MT (2012/0068366-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : DANIELLE P VILAS BÔAS BIANCARDINI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : ADAIR ROSA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de ADAIR ROSA DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, proferido no HC n.º 7499/2012.

No caso, o Paciente foi condenado, definitivamente, à pena de 03 (três) anos, 03 (três) meses e 20 (vinte dias) de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, porque transportava, em transporte público interestadual, a quantidade de 1,007 kg (um quilograma e sete gramas) de "cocaína".

No presente *writ*, sustenta a Impetrante, em suma, que a partir da edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a parte final do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, não há mais vedação à conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos para o crime de tráfico ilícito de drogas.

Requer, liminarmente e no mérito, que seja efetuada a substituição da pena reclusiva por sanções restritivas de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 64/65.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 74/104, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito, de onde se extrai que **o Paciente encontra-se cumprindo a reprimenda, atualmente, em regime semiaberto.**

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 108/111, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.207 - MT (2012/0068366-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ERRÔNEA IMPETRAÇÃO DE *WRIT* ORIGINÁRIO EM SUBSTITUIÇÃO À VIA DE IMPUGNAÇÃO ADEQUADA, QUAL SEJA, O RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE PERMITA A CONCESSÃO DE ORDEM *EX OFFICIO*. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. Hipótese em que o Paciente foi condenado à pena de 03 (três) anos, 03 (três) meses e 20 (vinte dias) de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, porque transportava, em transporte público interestadual, a quantidade de 1,007 kg (um quilograma e sete gramas) de "cocaína".

2. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC 97.256/RS, julgou inconstitucional a proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, considerando, sobretudo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

4. Ausência de configuração de flagrante ilegalidade que permita a concessão de ordem *ex officio*.

5. *Writ* não-conhecido, por se tratar de errônea impetração de *habeas corpus* originário em substituição à via de impugnação cabível, qual seja, o recurso ordinário constitucional.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O *writ* não pode ser conhecido, por se tratar de errônea impetração de *habeas corpus* originário em substituição à via de impugnação cabível, qual seja, o recurso ordinário constitucional. Nem ocorre flagrante ilegalidade que permita a concessão de ordem *ex officio*.

No caso, o Paciente foi condenado, definitivamente, à pena de 03 (três) anos, 03 (três) meses e 20 (vinte dias) de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, porque transportava, em transporte público interestadual, a quantidade de 1,007 kg (um quilograma e sete gramas) de "cocaína", sendo que, atualmente, encontra-se cumprindo a reprimenda em regime semiaberto.

Extrai-se dos autos que o Juízo sentenciante formulou a dosimetria da pena, com base nos seguintes fundamentos, *ipsis litteris*:

"Passo a aplicar a pena:

A culpabilidade restou devidamente demonstrada; a motivação para a prática do delito é vil posto que, outra não era que o desejo do ganho fácil; a quantidade de drogas que transportava suplantando um quilo, era expressiva, razões essas que me levam a fixar a pena base em quantia superior ao mínimo legal, ficando, pois, em 05 (cinco) anos e 08 (meses) de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa.

Não constatada a presença de circunstâncias que agravem, ou, atenuem a pena, fica mantida nesta fase intermediária em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa.

O sentenciado incidiu em causa especial de aumento de pena, o que leva a aumentar de 1/6 (um sexto) a privativa de liberdade inicialmente fixada, ou seja, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, para atingir a soma de 06 (seis) anos 07 (sete) meses e 10 (dez) dias, ficando mantida a pena de multa, posto que não provado tenha condições financeiras para arcar com valor superior. Constato que possível a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, o que me leva a diminuir de metade a pena ou seja, 03 (três) anos 03 (três) meses e 20 (vinte) dias e 250 dias multa, para torná-la definitiva em 03 (três) anos 03 (três) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias multa, ficando o valor desse fixado em 1/30 do salário mínimo, vigente à época do fato.

*Considerada a culpabilidade, a motivação para a prática do delito, **a expressiva quantidade de drogas**, a resistência do sentenciado em cumprir determinação judicial, pois que deixou de cumprir medida se lhe imposta no Juizado Especial do Estado de Rondônia, sem motivo para tal conforme por ele mesmo afirmado perante este juízo, ao afirmar que simplesmente deixou de cumprir, entendendo pelo não cabimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos."* (fl. 96; grifos acrescidos)

Por sua vez, o Tribunal de origem, ao julgar o writ originário, fundamentou o acórdão impugnado nos seguintes termos, *ad litteram*:

"No mais, conquanto cognoscível o restante da impetração - qual seja, a possibilidade ou não da conversão da pena corpórea por medidas restritivas -, a denegação da ordem é medida imperiosa.

Isso porque a nova Lei Antidrogas veda expressamente no § 4º do art. 33, assim como no art. 44, a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direito.

Vejamos:

'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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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

É bem verdade que recentemente o excelso Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC nº 97.256/RS, declarou, embora incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direito', constante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, e da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito' contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal, de forma que, no caso concreto colocado em julgamento naquela oportunidade, a ordem foi concedida.

Ocorre que o controle difuso não se presta para afastar a vigência de qualquer dispositivo do ordenamento jurídico. Não, ao menos, erga omnes.

Para tanto, se fez mister um processo objetivo, ou seja, o controle concentrado do ato normativo.

Os efeitos do ditame são endoprocessuais, apenas.

Se, portanto, a inconstitucionalidade do art. 33, § 4º e art. 44, ambos da Lei nº 11.343/2006, na parte em que veda a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, foi proferida por via incidental, em sede de controle difuso de constitucionalidade, não há que se falar em extensão dos efeitos da decisão, pois, sem resolução do Senado para suspender os seus efeitos, a lei continua válida e eficaz, tomando imperativa a sua aplicação no caso concreto.

*Ademais, referentemente à discussão acerca de lei no tempo e no espaço, prevalece na dogmática jurídica pátria a regra *lex specialis derogat generali*. Logo, em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, a vedação prevista nos art. 33, § 4º e art. 44 da Lei nº 11.343/2006 prevalece, à vista de sua especialidade, sobre a conversibilidade prevista na lei geral, no caso, o art. 44 do Código Penal.*

[...]

Ausente, portanto, qualquer ilegalidade e abusividade na conduta judicial dita constrangedora, a denegação da ordem é medida que se impõe.

Forte nessas considerações, e em consonância com o parecer ministerial, denego a ordem vindicada.

É como voto." (fls. 55/58)

No presente *writ*, sustenta a Parte Impetrante, em síntese, que a partir da edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a parte final do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, não há mais vedação à conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos para o crime de tráfico ilícito de drogas.

Passo à análise do mérito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da referida regra.

A propósito, veja-se o seguinte precedente desta Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 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, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, sendo possível a pena substitutiva aos traficantes de drogas, desde que preenchidos os pressupostos do art. 44 do Código Penal.

2. No caso concreto, mostra-se viável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos aos agravados, condenados a pena definitiva inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal favoráveis e sendo pequena a quantidade de material tóxico apreendido - 20 (vinte) pedras de crack e 1 (uma) porção de Cannabis Sativa L.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.330.133/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 15/02/2013; grifos acrescidos.)

Não obstante o afastamento do óbice legal, constata-se que, no caso em apreço, **a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, considerando, sobretudo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida – 1,007 kg (um quilograma e sete gramas) de "cocaína".**

Ilustrativamente, veja-se:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. PLEITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Paciente foi condenado, como incurso no art. 33, caput, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 03 anos e 04 meses de reclusão em regime fechado, e 340 dias-multa, por trazer consigo, para fins de traficância, 61 pedras de crack, 14 buchas de cocaína, um torrão de maconha e um pequena porção de maconha.

2. [...]

3. [...] **no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da natureza, da diversidade e da quantidade das drogas apreendidas.**

4. Sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

5. Habeas corpus denegado." (HC 204.559/RS, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 27/04/2012; grifos acrescidos.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA.

1. O Supremo Tribunal Federal 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.

2. **Em observância, todavia, ao art. 44, III, do Código Penal, diante da quantidade e diversidade da droga apreendida, não se mostra socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena.**

3. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito consubstanciaria infringência ao princípio da proporcionalidade, em sua face que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. No caso, a saúde pública.

4. Ordem denegada." (HC 241.545/DF, Sexta Turma, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 25/06/2012; grifos acrescidos.)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de habeas corpus.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0068366-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 238.207 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 74992012

EM MESA

JULGADO: 10/12/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : DANIELLE P VILAS BÔAS BIANCARDINI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : ADAIR ROSA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro.