



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 170.330 - MG (2010/0074506-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DANIELLE DE FÁTIMA SANTOS DA SILVA FERNANDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : HENRIQUE LUIS BERGMANN (PRESO)
ADVOGADO : ADRIANA APARECIDA DA SILVA
PACIENTE : EDIVAN ALEXANDRE DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADA : SANDRA DE MORAES RIBEIRO E OUTRO(S)

EMENTA

*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 DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE. *SURSIS*. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI N.º 11.343/2006. REPRIMENDA SUPERIOR A 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.*

1. Os Pacientes foram condenados à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, como incursos no art. 33, *caput* c.c. o art. 40, inciso V, c.c. o art. 33, § 4.º, todos da Lei n.º 11.343/2006, por trazerem consigo, para fins de traficância, 10.087 Kg de "cocaína".

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 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, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida – mais de 10 Kg de "cocaína".

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

5. A Quinta Turma desta Corte Superior tem reiteradamente decidido que a vedação à concessão de *sursis*, contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, continua em vigor, pois não foi objeto de controle de constitucionalidade. Ademais, a medida despenalizadora também não poderia ser aplicada na espécie, porque os Paciente tiveram a pena privativa de liberdade fixada em patamar superior a 02 (dois) anos de reclusão.

6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).

Brasília (DF), 27 de março de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 170.330 - MG (2010/0074506-0)

IMPETRANTE : DANIELLE DE FÁTIMA SANTOS DA SILVA FERNANDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : HENRIQUE LUIS BERGMANN (PRESO)
ADVOGADO : ADRIANA APARECIDA DA SILVA
PACIENTE : EDIVAN ALEXANDRE DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADA : SANDRA DE MORAES RIBEIRO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de HENRIQUE LUIS BERGMANN e EDIVAN ALEXANDRE DE SOUZA, condenados como incurso no art. 33, *caput* c.c. o art. 40, inciso V, c.c. o art. 33, § 4.º, todos da Lei n.º 11.343/2006, a uma pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Buscam os Pacientes, em suma, a concessão do benefício do *sursis* ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, ainda, a fixação do regime prisional aberto.

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

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 61/63, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 115/117, opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 170.330 - MG (2010/0074506-0)

EMENTA

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 DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE. *SURSIS*. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI N.º 11.343/2006. REPRIMENDA SUPERIOR A 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Os Pacientes foram condenados à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, como incursos no art. 33, *caput* c.c. o art. 40, inciso V, c.c. o art. 33, § 4.º, todos da Lei n.º 11.343/2006, por trazerem consigo, para fins de traficância, 10.087 Kg de "cocaína".

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 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, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida – mais de 10 Kg de "cocaína".

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

5. A Quinta Turma desta Corte Superior tem reiteradamente decidido que a vedação à concessão de *sursis*, contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, continua em vigor, pois não foi objeto de controle de constitucionalidade. Ademais, a medida despenalizadora também não poderia ser aplicada na espécie, porque os Paciente tiveram a pena privativa de liberdade fixada em patamar superior a 02 (dois) anos de reclusão.

6. Ordem denegada.

VOTO

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

Consta dos autos que os Pacientes foram condenados à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, como incursos no art. 33, *caput* c.c. o art. 40, inciso V, c.c. o art. 33, § 4.º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todos da Lei n.º 11.343/2006, por trazerem consigo, para fins de traficância, 10.087 Kg de "cocaína".

Inconformados, interpuseram recurso de apelação, que restou desprovido pela Corte de origem, nos termos do acórdão que ora faço juntar aos autos.

Busca-se, no presente *writ*, em suma, a concessão do benefício do *sursis* ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, ainda, a fixação do regime prisional aberto.

O Juízo sentenciante, referendado pelo Tribunal de origem, negou-lhes os mencionados pedidos nos termos da seguinte fundamentação, *ad litteram*:

"[...]

Fixo o regime fechado para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072/90, vedada pelo art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 a conversão da pena em restritiva de direitos, desaconselhável ainda dada a natureza do delito praticado e as graves consequências que sua prática tem trazido para a sociedade, não se configurando assim tratamento genérico violador do princípio constitucional da proporcionalidade, como alegado, não sendo a pena alternativa a melhor opção punitiva em termos de prevenção delitiva.

Igualmente incabível a fixação de regime inicial de cumprimento diverso, sendo que o artigo 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 determina que, nos crimes equiparados a hediondos, como é o caso do tráfico de drogas, a pena privativa de liberdade seja cumprida em regime inicialmente fechado. Não se percebe plausibilidade ou sustentação legal à tese no sentido de que a incidência da causa de diminuição do artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, retira o caráter hediondo do delito de tráfico.[...]

[...]

Igualmente descabida a pretensão de concessão de suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal, dada a quantidade de pena aplicada." (Fls. 40/41)

Quanto ao alegado direito à substituição da reprimenda corporal, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, 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.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

situação do paciente." (STF, HC 97.256/RS, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011.

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, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida – mais de 10 Kg de "cocaína".

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. 2. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

1. Inviável a aplicação, no máximo, do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em razão da variedade e da quantidade de droga apreendida em poder do paciente.

2. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável.

3. É a grande quantidade e variedade de drogas apreendidas atraindo a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de 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". Precedentes.

4. Condenado o ora paciente por tráfico de 58 (cinquenta e oito) embalagens de cocaína em forma de crack, 57 (cinquenta e sete) papérolas de cocaína e 04 (quatro) "trouxinhas" de maconha, o regime mais adequado é o semiaberto, embora a quantidade de pena (03 anos e 04 meses de reclusão) autorizasse, em tese, o aberto.

5. Assim também, pelo mesmo raciocínio, não se mostra razoável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. Ordem concedida em parte, apenas para fixar o regime inicial semiaberto." (HC 194.277/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 22/06/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO. APLICAÇÃO CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). FUNDAMENTAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INIDÔNEA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA.

1. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o réu seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades.

2. No caso, levando em conta a primariedade, as circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade pouco expressiva dos entorpecentes apreendidos - 30,6 gramas de cocaína e 50,8 gramas de maconha -, entendo ser cabível a aplicação da referida minorante no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos de reclusão, mostra-se adequada a imposição do regime semiaberto para início da expiação, em virtude da variedade dos entorpecentes encontrados em poder da paciente.

4. Diante mesmas balizas, não é socialmente recomendável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

5. Ordem concedida a fim de aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo, conseqüentemente, as reprimendas. Habeas corpus deferido, de ofício, para fixar o regime semiaberto para início de desconto da pena privativa de liberdade." (HC 199.217/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 13/06/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. OCORRÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MEDIDA QUE NÃO SE APRESENTA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

[...]

IV - Para que o sentenciado seja beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do Código Penal (Precedentes).

V - Na espécie, a culpabilidade do paciente e as circunstâncias do crime, valoradas negativamente na r. sentença e no v. acórdão recorrido, bem como as peculiaridades do caso, demonstram que a pretendida substituição da pena não se apresenta socialmente recomendável.

Ordem parcialmente concedida apenas para redimensionar o quantum da pena imposta ao paciente." (HC 137.260/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 04/10/2010.)

Portanto, sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, devem os Pacientes iniciar o cumprimento de suas penas no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (953 PEDRAS DE CRACK e 101 TABLETES DE MACONHA). REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. ORDEM DENEGADA.

1. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "[a] conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram que a grande quantidade de substâncias apreendidas - 953 pedras de crack e 101 tabletes de maconha - evidencia o grau de envolvimento do ora Paciente com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

3. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90.

4. Ordem denegada." (HC 202.527/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/08/2011.)

Por fim, a Quinta Turma desta Corte Superior tem reiteradamente decidido que a vedação à concessão de sursis, contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, continua em vigor, pois não foi objeto de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONDUTA DESCRITA NO ART. 33, CAPUT. C/C ART. 40, DA LEI DE TÓXICOS. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE RECONHECERAM A UNIDADE DE DESÍGNIOS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE WRIT. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. SURSIS. VEDAÇÃO AO BENEFÍCIO MANTIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA EM PARTE.

[...].

VI. Vedação ao sursis trazida no artigo 44 da Lei 11.343/06 que não foi objeto de manifestação do Supremo Tribunal Federal no tocante à sua constitucionalidade, devendo prevalecer o entendimento desta Turma, consolidado no sentido da validade do óbice deduzido no dispositivo legal supramencionado.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VIII. *Ordem parcialmente conhecida, e nessa extensão, concedida em parte, nos termos do voto do Relator.*" (HC 172.377/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 11/05/2011.)

"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. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. SURSIS.

CONTINUIDADE DA VEDAÇÃO. CONSTRANGIMENTO SOMENTE EM PARTE EVIDENCIADO.

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.*

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. Inviável reconhecer qualquer constrangimento ilegal no tocante à negativa de sursis, pois o estabelecido no art. 44 da Lei 11.343/06 veda esse benefício, e tal questão não foi alvo de debate pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento que se limitou a declarar a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos legais apenas no tocante à vedação à substituição.

4. *Habeas corpus parcialmente concedido, para alterar a fração do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 para 1/4 (um quarto), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 450 (quatrocentos) dias-multa, e para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, 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.*" (HC 192.673/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 18/11/2011; sem grifo no original.)

De todo modo, a medida despenalizadora também não poderia ser aplicada na espécie, porque os Paciente tiveram a pena privativa de liberdade fixada em patamar superior a 02 (dois) anos de reclusão (art. 77, *caput*, do Código Penal).

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0074506-0

HC 170.330 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024095429056 24095429056

EM MESA

JULGADO: 27/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DANIELLE DE FÁTIMA SANTOS DA SILVA FERNANDES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: HENRIQUE LUIS BERGMANN (PRESO)
ADVOGADO	: ADRIANA APARECIDA DA SILVA
PACIENTE	: EDIVAN ALEXANDRE DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADA	: SANDRA DE MORAES RIBEIRO E OUTRO(S)

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).