



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 172.706 - RJ (2010/0087777-3)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCO ANTÔNIO BARROSO FERREIRA
PACIENTE : JONATHAN BRUNO COLAR ALVES

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. HEDIONDEZ DO DELITO NÃO AFASTADA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA QUE INDEPENDE DO *QUANTUM* DA PENA IMPOSTA. LEI 11.464/2006. *SURSIS*. VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I. A incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não afasta a equiparação do delito de tráfico de drogas aos crimes hediondos.

II. Com o advento da Lei 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, ficou estabelecido o regime inicialmente fechado para o cumprimento das penas por crimes ali previstos, independentemente da quantidade da sanção imposta.

III. 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 da vedação deduzida no dispositivo legal supramencionado.

IV. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direito, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

V. Deve ser determinado ao Juízo da 3ª Vara Criminal de Campos dos Goytacazes que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

VI. Ordem concedida em parte, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 172.706 - RJ (2010/0087777-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu parcial provimento ao apelo interposto por MARCO ANTONIO BARROSO FERREIRA E JONATHAN BRUNO COLAR ALVES.

Após o trâmite regular do processo-crime, os pacientes foram condenados a 11 anos de reclusão, em regime inicialmente, por violação ao disposto nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei 11.343/06.

Irresignada, a defesa apelou ao Tribunal de origem, tendo o recurso sido parcialmente provido, nos termos da seguinte ementa:

"Tráfico de drogas. Artigo 33, caput, e 35 da Lei nº 11.343/06.. Penas: 6 anos de reclusão e 600 dias-multa (tráfico de entorpecentes) e 5 anos de reclusão e 800 dias-multa (associação), totalizando pela aplicação do concurso material, 11 anos de reclusão, regime fechado, e 1400 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo, para cada um dos réus.

Apelos defensivos: a) preliminarmente, a nulidade do processo por violação ao princípio da ampla defesa, diante da inépcia da denúncia quanto à imputação do crime de associação, pois não descreve minuciosamente os fatos; b) preliminarmente, a nulidade do processo, ante a inobservância do rito processual disposto na Lei 11.719/08; c) absolvição pela fragilidade do conjunto probatório e observância do princípio do in dubio pro reo; d) absolvição do delito de associação, eis que não há prova da estabilidade; e) fixação das penas-bases no mínimo legal; f) reconhecimento da atenuante da menoridade ao apelante Jonathan Bruno; g) aplicação da causa de redução de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06; h) fixação de regime menos gravoso.

(...) Merece correção a dosimetria da pena das penas básicas, pois as razões expostas pelo Magistrado para aumentá-las já foram consideradas pelo legislador ao elaborar os tipos penais e a cominação em abstrato dos crimes, devendo ser fixada em seu mínimo legal.

Conforme firme entendimento doutrinário e jurisprudencial, a circunstância atenuante não pode trazer a pena aquém do mínimo legal. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Não há prova nos autos que comprove serem os réus traficantes habituais ou que estejam associados à organização criminosa, e assim, o tratamento mais benéfico deve ser aplicado, de acordo com o disposto no § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuindo a pena fixada para o crime de tráfico de entorpecentes no percentual de 2/3.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fixação de regime menos severo e a concessão de sursis são vedadas por lei: artigo 44 da Lei nº 11.434/06, artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Apelos parcialmente providos para absolver os réus do crime criado no artigo 35 da Lei 11.343/06, com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, e, mantendo a condenação por violação ao artigo 33, caput, incidir o § 4º deste artigo, da Lei nº 11.343/06 e fixar a pena, para cada um dos réus, pelo crime do artigo 33, caput, e § 4º, da Lei nº 11.343/06, em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, mantendo inalteradas as demais cláusulas da sentença" (fls. 82/84).

Daí a presente impetração, na qual a defesa alega que a incidência da causa especial de diminuição de pena trazida pela novel Lei de Drogas afasta a natureza hedionda do delito de tráfico de entorpecentes.

Diante disso, pugna pelo reconhecimento do direito dos pacientes à substituição das sanções corporais por restritivas de direitos ou à suspensão condicional da penas, bem como ao desconto das reprimendas em regime inicialmente aberto.

Não houve pedido de liminar.

Informações prestadas às fls. 97/116.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 120/122, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 172.706 - RJ (2010/0087777-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu parcial provimento ao apelo interposto por MARCO ANTONIO BARROSO FERREIRA E JONATHAN BRUNO COLAR ALVES.

Após o trâmite regular do processo-crime, os pacientes foram condenados a 11 anos de reclusão, em regime inicialmente, por violação ao disposto nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei 11.343/06.

Irresignada, a defesa apelou ao Tribunal de origem, tendo o recurso sido parcialmente provido para absolver os réus das acusações relativas ao delito de associação para o tráfico de entorpecentes, bem como fixar as penas-bases no mínimo legal, no que tange ao delito do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Ademais, o Colegiado *a quo* aplicou a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas no patamar de 2/3, fixando as reprimendas em 1 ano e 8 meses de reclusão, mantendo o regime inicialmente fechado para o desconto das sanções corporais.

Daí a presente impetração, na qual a defesa alega que a incidência da causa especial de diminuição de pena trazida pela novel Lei de Drogas afasta a natureza hedionda do delito de tráfico de entorpecentes.

Diante disso, pugna pelo reconhecimento do direito dos pacientes à substituição das sanções corporais por restritivas de direitos ou à suspensão condicional da penas, bem como ao desconto das reprimendas em regime inicialmente aberto.

Passo análise da irresignação.

Os autos revelam que os pacientes, em sede de apelação criminal, foram condenados a 1 ano e 8 meses de reclusão, pela prática de tráfico de drogas, tendo a Corte de origem fixado as penas-bases no mínimo legal, e, ainda, reduzido o *quantum* das reprimendas em 2/3, por incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

No *writ* em apreço, insurge-se o impetrante quanto a manutenção do regime inicialmente fechado para o desconto das penas, por entender que causa de diminuição de pena alhures mencionada afasta a hediondez do delito de tráfico de entorpecentes, por se tratar de figura privilegiada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, pugna pela substituição das pena privativas de liberdade por restritivas de direitos, pela concessão de *sursis*, ou, ainda, pela fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento das sanções corporais.

Inicialmente, mister se faz reconhecer que o delito de tráfico de entorpecentes é equiparado aos crimes hediondos, segundo expressa disposição constitucional, sujeitando-se, por consectário, ao tratamento dispensado a tais crimes.

Com efeito, a mera incidência da causa especial de redução de pena trazida pela novel Lei de Drogas não retira a natureza hedionda do delito de tráfico de entorpecentes, caracterizando mero privilégio concedido aos agentes primários e detentores de bons antecedentes, e que não se dedicam às atividades criminosas nem integram organizações criminosas. Deveras, tal dispositivo apenas interfere no *quantum* da pena imposta, sem alterar a natureza do delito.

Em que pese a Lei 11.343/06 prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos elencados em seu art. 33, § 4º, tal dispositivo não implica em descon sideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao delito de tráfico.

Diante disso, deve ser reconhecida a obrigatoriedade do regime inicial fechado para o desconto das penas impostas por infringência ao art. 33 da Lei 11.343/06, nos termos da alteração trazida pela Lei 11.464/2007, por se tratar de imposição legal, que independe da quantidade de sanção imposta.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. DESCONSIDERAÇÃO DA HEDIONDEZ. TESE NÃO PLAUSÍVEL. REGIME INICIALMENTE FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL INCONSTITUCIONAL.

1. Não é plausível o pleito acerca da descon sideração da hediondez do crime de tráfico apenas pela incidência da causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, uma vez que sua incidência não resulta, por si só, nessa descon sideração.

2. O crime de tráfico, ainda que com previsão legal de diminuição de pena, remanesce um crime equiparado a hediondo.

3. A figura delitiva prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas não é o "tráfico privilegiado". Não há falar-se em comparação com o homicídio privilegiado, pois não se exige seus motivos (relevante valor social ou moral; em razão de domínio de violenta emoção, logo em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguida à injusta provocação da vítima).

4. O regime nos crimes de tráfico, consoante art. 2º, da Lei 8.072/90 (alterada pela Lei 11.464/2007), é o inicialmente fechado, mormente quando a ocorrência do fato delituoso é posterior a vigência da nova lei.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n.º 97256-RS, Rel. Min. Ayres Britto, declarou a inconstitucionalidade do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na parte que veda a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito" (REsp 1193080 / MG, Quinta Turma, Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO - Des. Convocado do TJ/AP, DJe 16/11/2010).

Ademais, o fato delituoso apurado nos autos foi cometido após o advento da nova redação do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, já que foi praticado em 30/05/2009.

De igual modo, no que se refere ao *sursis*, o artigo 44 da Lei 11.343/06 também veda, expressamente, a concessão da benesse, sem que tenha havido manifestação do Supremo Tribunal Federal no tocante à constitucionalidade do óbice, devendo prevalecer o entendimento desta Turma, consolidado no sentido da validade da vedação deduzida no dispositivo legal supramencionado.

Contudo, no tocante à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, manifestou-se sobre a matéria, no julgamento HC n.º 97.256 -RS, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, tendo declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal :

"Habeas Corpus. 2. Dosimetria da pena. Nulidade. 3. Tráfico de entorpecentes. Quantidade de droga. Previsão no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. 4. Traficante eventual ou de menor potencial. Atenuante do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. 5. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Crime praticado sob a égide da Lei n.º 11.343/2006. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 6. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 7. Ordem parcialmente deferida"

(HC 104423/AL, Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma, julgado em 21/09/2010).

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 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. Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12.12.10. Ordem concedida"

(HC 102678/MG, Relator Ministro Eros Graus, Segunda Turma, Dje de 09/03/10).

Assim, mostra-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Nesse contexto, deve ser determinado ao Juízo da 3ª Vara Criminal de Campos dos Goytacazes que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição das pena privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, nos termos da motivação acima deduzida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0087777-3

HC 172.706 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 168524320098190014 20090140167464

EM MESA

JULGADO: 15/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

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 : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCO ANTÔNIO BARROSO FERREIRA
PACIENTE : JONATHAN BRUNO COLAR ALVES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.