



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.679 - SP (2009/0103732-6)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : VOLNEY SANTOS TEIXEIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AELSON FONSECA BORGES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. PROIBIÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELA CORTE ESPECIAL DO STJ. *SURSIS*. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06.

1. Com a ressalva do entendimento deste relator, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 4/11/09, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade suscitada por esta Sexta Turma, no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, reconhecendo a validade das normas proibitivas à conversão de pena previstas no art. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06.

2. Na hipótese, o crime foi cometido em 24.3.08, na vigência, portanto, da Lei nº 11.343/06, o que impede a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

3. Por expressa vedação legal contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, fica proibida também a concessão de *sursis* aos condenados pelo delito em questão.

4. Ordem denegada.

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, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 09 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.679 - SP (2009/0103732-6)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de Aelson Fonseca Borges contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo lá interposto.

Depreende-se dos autos que, em **24.3.08**, o paciente foi preso em flagrante e posteriormente denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06. Ao final da instrução, sobreveio sentença condenando-o à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação objetivando a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Negado provimento ao recurso, sobreveio o presente *writ* no qual o impetrante, sob o fundamento de inconstitucionalidade da vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, requer a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

Subsidiariamente, pleiteia o impetrante a suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal.

Liminar indeferida à fl. 49.

Dispensadas informações, o parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Eliane Menezes de Farias é pela concessão da ordem (fls. 52/56).

Registre-se que a Corte Especial, em julgamento realizado em 14 de novembro último, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade suscitada por esta Sexta Turma das expressões "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", prevista no § 4º do art. 33, e "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 ambas da Lei nº 11.343/06,

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.679 - SP (2009/0103732-6)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): O paciente foi condenado, como incurso no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Objetiva, conforme relatado, ver reconhecido o direito à substituição de pena, sustentando a inconstitucionalidade da norma que veda tal benefício, contida no art. 33, § 4º, e no art. 44, ambos da Lei nº 11.343/06.

Os referidos preceitos impedem a conversão da pena corporal por restritiva de direitos a condenados por tráfico ilícito de entorpecentes. 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 conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a 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.*

Com efeito, ressalvado o entendimento deste relator, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 4/11/2009, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade suscitada por esta Sexta Turma, no HC nº 120.353/SP, reconhecendo a validade das referidas normas proibitivas à conversão da pena.

A propósito, vejam-se, ainda, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE DROGA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO PARA DEFINIR O PERCENTUAL DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

(...)

4. Não se mostra cabível a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, uma vez que tal benefício é vedado pelo art. 44 da Lei nº 11.343/06, dispositivo reconhecido como constitucional pelo Órgão Especial deste Tribunal.

5. Ordem denegada. **Habeas corpus** concedido de ofício a fim de estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade.

(HC 147.924/SP, de minha relatoria, julgado em 17/11/2009), com destaques.

PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006 – REDUÇÃO MÍNIMA DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – EXAME FAVORÁVEL DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – AGENTE PRIMÁRIO E POSSUIDOR DE BONS ANTECEDENTES – REDUÇÃO MÁXIMA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EXPRESSAMENTE PROIBIDA – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. A Lei Antidrogas proíbe expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo tráfico de drogas, não se tratando de norma inconstitucional, porquanto não contraria a Carta Magna, mas visa punir com maior severidade os autores desse crime hediondo.

4. Admite-se, tão-só, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando se tratar de crime cometido sob a égide da Lei 6368/76, pois até então a restrição só alcançava os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não se podendo ampliar o leque de restrição então estabelecido naquela oportunidade.

5. Ordem parcialmente concedida para elevar o quantitativo de diminuição em virtude da minorante específica.

(HC 118.098/SP, Desembargadora convocada Jane Silva, DJe 09/12/2008)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADMISSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, DO CP. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.

(...)

4. A Lei n.º 11.343/06 vedou expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos delitos previstos nos seus arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37. Precedente.

5. A previsão constante da Lei n.º 11.464/07, a qual estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do quantum de pena aplicado, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo dos réus, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, b, do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida, apenas para estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena imposta aos Pacientes. (HC nº 128.256/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 26/10/2009)

Frise-se que a infração foi cometida em **24.3.08**, na vigência, portanto, da Lei nº 11.343/2006, o que impede a concessão do intentado benefício por expressa proibição legal.

Outra sorte não assiste ao impetrante quanto ao pedido subsidiário de suspensão condicional da pena.

O próprio art. 44 da Lei nº 11.343/06, também invocado para negar a substituição da reprimenda corporal, veda a suspensão da pena aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, pois é claro ao afirmar que "os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis (...)".

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AGUARDAR JULGAMENTO EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO PREJUDICADO. NÃO-CONHECIMENTO DA ORDEM. REGIME INICIAL ABERTO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.464/07. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE E SURSIS. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI 11.343/06. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

5. Por expressa vedação legal, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou em concessão de sursis, nos exatos termos do art. 44 da Lei 11.343/06.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida para fixar o regime aberto de cumprimento de pena.

(HC 144.078/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 30.11.09), com destaques.

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO APÓS O ADVENTO DA LEI N. 11.343/2006. VEDAÇÃO DO ART. 44 DA NOVEL LEGISLAÇÃO.

1. Tendo em vista que o crime de tráfico de entorpecentes foi cometido após o advento da Nova Lei de Drogas, aplica-se o disposto no art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, que veda a concessão, dentre outros benefícios, do sursis aos condenados por aludido delito.

2. Recurso provido para restabelecer o decisum proferido pelo Juízo de Primeiro Grau.

(REsp 1111948/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 30.11.09), com destaques.

Assim, não há falar em substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, tampouco em suspensão condicional da pena na hipótese de condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes cometido na vigência da Lei nº 11.343/06.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0103732-6

HC 137679 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2132008 990080940325

EM MESA

JULGADO: 09/02/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VOLNEY SANTOS TEIXEIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : AELSON FONSECA BORGES (PRESO)

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 09 de fevereiro de 2010

RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)
Secretário