



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.176 - MS (2010/0142607-2)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MARCOS SANTANA

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. SENTENÇA CONDENATÓRIA RESTABELECIDA. ABRANDAMENTO DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A *QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

I. Evidenciado que a Corte Estadual julgou prejudicado o pleito defensivo de abrandamento da pena de prestação pecuniária, por ter cassado a decisão monocrática que concedia a substituição da pena ao réu, sobressai a incompetência desta Corte para o seu exame, sob pena de indevida supressão de instância.

II. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento HC n.º 97.256 -RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, 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.

III. Afastado o óbice previsto no art. 44 da Lei nº 11.343/06, deve ser reformado o acórdão recorrido e restabelecida a sentença monocrática, que substituiu a reprimenda corporal do réu por pena restritiva de direitos.

IV. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida, 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 unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu 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), 22 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.176 - MS (2010/0142607-2)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de MARCOS SANTANA e deu provimento ao apelo ministerial, para excluir a conversão da pena corporal em restritiva de direitos.

O paciente foi condenado à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 168 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, tendo a reprimenda corporal sido substituída por pena restritiva de direitos.

Irresignados, tanto a defesa quanto o Ministério Público interpuseram apelação. A defesa pugnou pela absolvição do réu e, alternativamente, pela desclassificação da conduta para o porte de drogas para uso pessoal, além da redução da pena pecuniária. O Órgão ministerial, por sua vez, pleiteou o afastamento do benefício da substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

A Corte Estadual negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso ministerial, para excluir a conversão da reprimenda corporal em restritiva de direitos, mantendo, no mais, a decisão condenatória.

Na presente impetração, requer-se a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, ressaltando que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de substituição da reprimenda imposta ao condenado por tráfico de drogas.

Pugna-se, ainda, pela redução da pena pecuniária imposta ao réu, tendo em vista sua hipossuficiência.

O pedido liminar foi indeferido à fl. 251.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 260/261).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.176 - MS (2010/0142607-2)

VOTO

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

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de MARCOS SANTANA e deu provimento ao apelo ministerial, para excluir a conversão da pena corporal em restritiva de direitos.

O paciente foi condenado à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 168 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, tendo a reprimenda corporal sido substituída por pena restritiva de direitos.

Irresignados, tanto a defesa quanto o Ministério Público interpuseram apelação. A defesa pugnou pela absolvição do réu e, alternativamente, pela desclassificação da conduta para o porte de drogas para uso pessoal, além da redução da pena pecuniária. O Órgão ministerial, por sua vez, pleiteou o afastamento do benefício da substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

A Corte Estadual negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso ministerial, para excluir a conversão da reprimenda corporal em restritiva de direitos, mantendo, no mais, a decisão condenatória.

Na presente impetração, requer-se a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, ressaltando que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de substituição da reprimenda imposta ao condenado por tráfico de drogas.

Pugna-se, ainda, pela redução da pena pecuniária imposta ao réu, tendo em vista sua hipossuficiência.

Passo à análise da irresignação.

Verifica-se dos autos que o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas/MS, ao dosar a pena imposta ao réu, asseverou:

"As circunstâncias judiciais do artigo 59 não prejudicam o réu, eis que a culpabilidade é a própria da espécie, as circunstâncias e consequências do crime, na qual se englobam a natureza e a quantidade de droga apreendidas, não lhe prejudicam e não registra antecedentes, razão pela qual, com fundamento no artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base fica fixada no mínimo legal, 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Não existem atenuantes ou agravantes a incidir na pena-base.

*Majoro a pena-base em 1/6, atento ao fato de ser a única majorante e, ainda, que as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) são totalmente favoráveis ao réu, ficando em 05 anos e 10 meses de reclusão e 510 dias-multa. Também incide na espécie a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, conforme fundamentação supra, já que o réu não é reincidente e não se dedica a atividades criminosas, impondo-se a redução no percentual máximo (2/3), atento às circunstâncias judiciais, ficando a pena definitiva em **1 ano, 11 meses e 10 dias e 168 dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo.***

O regime inicial de cumprimento é o fechado, atento ao disposto no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, com as alterações da Lei n. 11.464/2007.

Da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade imposta por penas restritivas de direitos.

Inconstitucional o artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006 por clara ofensa aos princípios da igualdade e proporcionalidade, no que toca a vedação de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Explico. Não existe qualquer impedimento para a substituição nos crimes hediondos ou naqueles também equiparados a hediondo, após o advento da Lei 11.434/2007. Por qual razão impor-se a vedação na Lei n.º 11.343/2006? Não seria uma forma de tratar situações iguais de maneira desigual?

(...)

*Feitas todas essas considerações, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, na forma do § 2º, do artigo 44, do Código Penal, consistentes em **prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas**, pelo tempo da pena privativa de liberdade aplicada, atentando-se para o disposto no § 4º, do artigo 46 do Código Penal, e **prestação pecuniária** em favor do Conselho da Comunidade de Três Lagoas, no valor de três salários mínimos, incumbindo ao juiz da vara de execuções penais estabelecer as condições de cumprimento.*

Diante da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se faz necessária a manutenção do encarceramento cautelar, razão pela qual faculto que o réu recorra em liberdade. Expeça-se alvará de soltura se por outro motivo não estiver preso." (fls. 153/154).

A Corte estadual, por seu turno, ao afastar a possibilidade de o réu ter sua pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, asseverou:

“Por fim, o recorrente almeja a redução da pena de prestação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pecuniária. No entanto, o Parquet requer a exclusão da pena substitutiva, razão por que analiso o recurso ministerial.

A Lei n.º 11.343/06, que cuida especificamente do tráfico de drogas, **é expressa, em seu art. 44**, no sentido de **vedar** a fiança, o sursis, a graça, o indulto, a anistia, a liberdade provisória **e a conversão das penas em restritivas de direito**, de sorte que a pretensão ministerial merece acolhida.

Acerca da matéria, discorre a doutrina:

(...)

Ademais, as leis gozam a presunção de constitucionalidade e, até que sejam invalidadas pelo Poder Judiciário ou revogadas pelo legislador, ostentam aplicabilidade plena, não podendo o dispositivo legal em questão simplesmente ser desprezado.

Assim, afasto a substituição da reprimenda corporal procedida pelo juiz singelo.

Por conseguinte, fica prejudicado o pedido de redução da pena de prestação pecuniária formulado pela defesa." (fls. 237/239).

No que concerne ao pleito de substituição da reprimenda corporal imposta ao réu por pena restritiva de direitos, o art. 44, *caput*, da Lei nº 11.363/06, assim dispõe:

"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."

Contudo, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

Trago, ainda, à colação, os seguintes julgados desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

(...)

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DA PERMUTA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA NESSE PONTO.

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.

PRISÃO EM FLAGRANTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

(...)."

(HC 153.924/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DELITO COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/76. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. IMPOSSIBILIDADE DE CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DA NOVEL LEI DE TÓXICOS. CABIMENTO DA APLICAÇÃO DO ARTIGO MAIS BENÉFICO EM SUA INTEGRALIDADE A SER ANALISADO PELO JUÍZO SINGULAR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE CONVERSÃO A SER REALIZADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. REGIME PRISIONAL. CRIME COMETIDO ANTES DO ADVENTO DA LEI 11.464/07. IRRETROATIVIDADE IN PEJUS. ORDEM CONCEDIDA.

I. Não pode ser admitida a combinação de leis, vez que a minorante insculpida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 é regra relativa ao caput do mesmo artigo, não cabendo ao magistrado cindir o dispositivo legal, aplicando uma parte do retrocitado artigo, em combinação com o artigo 12 da Lei 6.368/76, criando uma nova norma, sob pena de ver usurpada a competência do legislador.

II. Considerando-se a impossibilidade de aplicação parcial do art. 33 da Lei de Tóxicos, deve ser auferida qual das normas é a mais favorável ao réu, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

III. Sem a análise detida das circunstâncias pessoais e do crime, não se mostra possível inferir se a incidência da referida causa de redução de pena resultará mais benéfica ao apenado, devendo a análise ser determinada ao Colegiado de origem.

IV. Superado o óbice à conversão da pena corporal por restritiva de direitos, mostra-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direito, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

V. Tratando-se de crime de tráfico cometido antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007, em observância ao princípio da irretroatividade in pejus, faz-se mister reconhecer a impossibilidade de fixação do regime prisional mais gravoso.

VI. Deve ser concedida a ordem para reformar o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, determinando que o juízo de primeiro grau avalie o eventual preenchimento dos requisitos necessários à concessão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/200, que deverá ser aplicado, em sua integralidade, caso se revele mais benéfico para o paciente.

VII. Afastado o óbice previsto no art. 44 da Lei nº 11.343/06, determina-se ao juízo singular que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como para o desconto da pena em regime menos gravoso, mantendo-se, no mais, a condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII. Ordem concedida, nos termo do voto do Relator."
(HC 156.403/SP, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 13/12/2010)

Diante disso, afastado o óbice previsto no art. 44 da Lei nº 11.343/06, deve ser reformado o acórdão recorrido e restabelecida a sentença monocrática, que substituiu a reprimenda corporal do réu por pena restritiva de direitos.

Quanto ao pleito de abrandamento da pena de prestação pecuniária fixada na decisão monocrática, extrai-se do trecho do acórdão acima transcrito que o Tribunal *a quo* julgou prejudicada a tese defensiva, por ter cassado a decisão monocrática que concedia a substituição da pena.

Deste modo, deixo de proceder à análise desta parte da irresignação, sob pena de indevida supressão de instância, pois o tema levantado não foi objeto de debate e decisão por parte de órgão colegiado do Tribunal de origem.

Sobressai, portanto, a flagrante incompetência desta Corte para o exame do pedido de redução da prestação pecuniária imposta ao réu em 1º grau como pena substitutiva.

Diante do exposto, conheço parcialmente da impetração e, nesta extensão, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0142607-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 181.176 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100096590 21080035001

EM MESA

JULGADO: 22/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS ALBERTO CARVALHO VILHENA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MARCOS SANTANA

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu 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.