



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.893 - ES (2012/0094608-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GUSTAVO VASCONCELOS CERQUEIRA MOTTA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MARCO AURÉLIO SANTOS LOBÃO DA CRUZ

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Inviável acoimar de ilegal a negativa de permuta quando não preenchido o requisito subjetivo, haja vista a gravidade da conduta delituosa perpetrada, dada a elevada quantidade de droga apreendida em poder do paciente - mais de 20 quilos de maconha - o que evidencia que, *in casu*, a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

3. Não há *bis in idem* na consideração negativa da quantidade e natureza da droga para elevar a pena-base e negar o benefício da permuta, pois, do contido no art. 44, III, do CP, vê-se claramente que as circunstâncias judiciais, aqui incluídas as referidas no art. 42 da Lei de Drogas, devem ser sopesadas pelo julgador no momento da análise da suficiência da medida.

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. APONTADA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL ORIGINÁRIO. INCOMPETÊNCIA E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Verificando-se que a Corte de origem não apreciou a questão relativa à suposta ilegalidade existente na fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, tendo em vista que sequer foi alvo de insurgência nas razões recursais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofertadas, inviável a análise dessa pretensão diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.893 - ES (2012/0094608-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GUSTAVO VASCONCELOS CERQUEIRA MOTTA - DEFENSOR
PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MARCO AURÉLIO SANTOS LOBÃO DA CRUZ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de MARCO AURÉLIO SANTOS LOBÃO DA CRUZ, condenado ao cumprimento de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que negou provimento à Apelação n.º 021080023050.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não haveria razão para a imposição do regime inicial fechado, bem como para a negativa de substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a primariedade do paciente.

Destaca, ademais, que a orientação jurisprudencial mais recente deste Superior Tribunal e da Suprema Corte são no sentido da possibilidade de fixação de qualquer regime prisional aos condenados por tráfico de entorpecentes, salientando que a gravidade abstrata do delito não é suficiente para justificar a imposição do regime mais gravoso, de acordo com o enunciado sumular 440 deste STJ.

Defende, por fim, que a quantidade de droga, por não estar elencada no art. 44 do CP, não poderia justificar a negativa de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas, argumentando que tal circunstância deveria e foi analisada na primeira etapa da dosimetria, não podendo ser novamente utilizada para negar o benefício, sob pena de indevido -.

Requeru, liminarmente e no mérito, a conversão da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritivas de direitos e a fixação de regime prisional diverso do fechado.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

Sobreveio petição requerendo preferência no julgamento do *mandamus*.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial conhecimento do *habeas corpus*, e nessa parte, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.893 - ES (2012/0094608-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado em primeira instância à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, pelo crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c art. 40, V, ambos da Lei n.º 11.343/2006, porque, no dia **27-3-2008**, trazia consigo "63 (sessenta e três) tabletes, envoltos em fita isolante e 04 (quatro) pedras da substância conhecida vulgarmente por maconha, perfazendo a quantidade de aproximadamente 20,895kg (cf. fl. 05, 09 e 22/24), sem autorização e em desacordo com determinação legal e entre Estados da Federação" (fls. 16).

Inconformada a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça, que negou provimento ao apelo, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

Relativamente à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o Tribunal de origem entendeu inviável proceder-se à almejada permuta, sob o seguinte fundamento:

De igual modo, quanto ao pleito de substituição da reprimenda privativa de liberdade, melhor sorte não assiste ao recorrente, na medida em que não preencheu todos os requisitos necessários a possibilitar a concessão da pena restritiva de direitos.

Nesse pormenor, apesar de atendidos os incisos I e II do artigo 44 do Código Penal, ou seja, a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior a 4 (quatro) anos; não ter sido o crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa; e, ainda, inexistir comprovação de reincidência em crime doloso, não lhe foram consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no inciso III da referida norma.

Ademais, a quantidade da droga apreendida (aproximadamente 21kg de maconha), impede que a substituição da pena seja considerada medida suficiente para repreender o recorrente, até porque, conforme o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância ou produto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devem ser considerados com preponderância às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. (fls. 59)

É certo que, embora inicialmente esta Quinta Turma tenha adotado o entendimento de que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a vedação expressa contida no art. 44 da aludida norma (nesse sentido: *HC 154.799/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 27/09/2010; HC 146.032/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 13/09/2010*), em 1º de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 da novel Lei de Drogas, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Ayres Britto.

Aliás, o Senado Federal, através da Resolução n. 5, de 15-2-2012, suspendeu a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, dada a declaração de inconstitucionalidade aludida, dando cumprimento ao previsto no art. 52, X, da CF/88.

Ora, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões dos arts. 33, § 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, e observada a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de parte do art. 33, § 4º, da Lei citada, por força do art. 52, X, da CF/88, afigura-se possível, em princípio, a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da novel Lei Antidrogas.

Mas, para proceder-se à substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, necessário o preenchimento, pelo paciente, das condições objetivas e subjetivas exigidas à concessão da benesse, previstas no art. 44 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que a conversão da pena reclusiva por medidas alternativas foi negada pela Corte impetrada diante do não preenchimento dos requisitos subjetivos legalmente exigidos, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela natureza e grande quantidade de droga consigo encontrada, tendo em vista que logrou-se apreender em poder do paciente **mais de 20 quilos de maconha**, o que evidencia que, *in casu*, a não conversão da sanção reclusiva encontra-se justificada, pois realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

Nesse norte, o seguinte precedente, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. PACIENTES CONDENADOS A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO E SESENTA DIAS MULTA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONVERSÃO DE PENA NÃO RECOMENDÁVEL.

1. Não é possível, nesta sede, desconstituir o decidido pela Corte de origem, a qual, em acórdão suficientemente motivado, entendeu tratar-se o caso de tráfico de drogas, não de porte para consumo.

2. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

3. No caso, os pacientes são primários e lhes foi desfavorável apenas uma circunstância judicial, isto é, a culpabilidade. Por isso, tem-se por razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto, suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

4. Mesma sorte não lhes assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a quantidade de droga apreendida não recomenda o benefício.

5. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 144.476/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 14/02/2011 - destacamos)

Assim, evidenciada a gravidade concreta do delito cometido, dada a a grande quantidade e a natureza de entorpecente apreendido, inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão da Corte Estadual que entendeu não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a permuta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaque-se que não há *bis in idem* na consideração negativa da quantidade e natureza da droga para elevar a pena-base e negar o benefício da permuta, pois, do contido no art. 44, III, do CP, vê-se claramente que as circunstâncias judiciais, aqui incluídas as referidas no art. 42 da Lei de Drogas, devem ser sopesadas pelo julgador no momento da análise da suficiência da medida, e, no caso, especialmente as referentes à quantidade e natureza da droga foram tidas como negativas, tanto que a sanção básica foi fixada acima do mínimo legal para o tipo (fls. 34).

Quanto ao regime de cumprimento da pena, verifica-se que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, até porque deixou de ser levantada nas razões de apelação defensiva, que, conforme consta do relatório do acórdão impetrado, limitou-se a requerer a absolvição, por insuficiência probatória, bem como *"subsidiariamente, requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"* (fls. 53), pelo que inviável a apreciação dessa questão diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada sua manifesta incompetência para tanto e ainda sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Nesse vértice, os seguintes precedentes:

"[...]"

1. Não tendo as matérias relativas à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da pena sido apreciadas pelo Tribunal de origem no julgamento do habeas corpus originário, a análise da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça acarretaria indevida supressão de instância. Precedentes.

"[...]"

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, deferida em parte para desconstituir o decreto prisional cautelar, determinando a expedição de alvará de soltura, caso o paciente não esteja preso por outro motivo, sem prejuízo de que venha a ser novamente decretada, com demonstração inequívoca de sua necessidade." (HC n.º 155.462/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15-4-2010, DJe 10-5-2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Nos termos da jurisprudência assente nesta Corte, a hediondez do delito não é afastada pelo reconhecimento da minorante do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 4º, da Lei de Entorpecentes.

2. Hipótese em que o julgador monocrático se valeu de circunstâncias inerentes à conduta do acusado para fixar o regime mais gravoso para cumprimento da pena.

3. O tema relativo à substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos não foi debatido na instância precedente, de modo que avaliá-lo nesta sede implicaria indevida supressão de instância.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão denegada.

(HC 193.742/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 11/04/2012)

Aliás, destaque-se que, segundo precedente da Sexta Turma deste Sodalício: *"Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição"* (HC n.º 154.333/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16-9-2010, DJe 4-10-2010).

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0094608-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 241.893 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 21080023050

EM MESA

JULGADO: 02/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GUSTAVO VASCONCELOS CERQUEIRA MOTTA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MARCO AURÉLIO SANTOS LOBÃO DA CRUZ

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.