



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.199 - RS (2011/0022152-2)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : MICHEL MOTA DE MORAES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDERSON LUÍS DOS SANTOS LOURENÇO (PRESO)

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 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. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. 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 direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

III. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.

IV. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS 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 à adequação do regime prisional.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 05 de abril de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.199 - RS (2011/0022152-2)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ANDERSON LUIS DOS SANTOS LOURENÇO, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, além de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n.º 11.353/06.

Contra a sentença foi interposto recurso de apelação, no qual se pretendeu a absolvição por falta de provas ou a fixação do regime semiaberto. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO-CRIME - TRÁFICO DE DROGAS - PROVA - REGIMES.

Provas produzidas ensejam um juízo condenatório, suficientemente comprovadas a materialidade e a autoria do delito de tráfico.

O § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, modificado pela Lei nº 11.464/07, estabeleceu para o delito de tráfico de entorpecentes o regime inicial fechado.

Negado provimento ao apelo defensivo." (fl. 115)

No presente *writ*, se renova o pedido relativo à fixação de regime prisional menos gravoso, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida à fl. 240.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela concessão da ordem - fls. 247/250.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.199 - RS (2011/0022152-2)

VOTO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ANDERSON LUIS DOS SANTOS LOURENÇO, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, além de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4.º da Lei n.º 11.353/06.

Contra a sentença foi interposto recurso de apelação, no qual se pretendeu a absolvição por falta de provas ou a fixação do regime semiaberto. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo, nos termos da ementa de fl. 115.

No presente *writ*, se renova o pedido relativo à fixação de regime prisional menos gravoso, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

Passo à análise da irresignação.

Inicialmente, quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.363/06 preleciona:

"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 11.343/2006. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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

Por outro lado, em relação ao regime prisional, nos termos da Lei n.º 11.464/07, a qual deu nova redação ao § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90, o regime inicialmente fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometidos após a publicação da nova lei.

No entanto, considerando a declaração de inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa em liberdade em restritiva de direitos, verifica-se a incompatibilidade da concessão deste benefício para o apenado em regime fechado, considerando-se que a pena restritiva de direitos visa, exatamente, evitar o encarceramento.

Nesse contexto, nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não deve existir impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se posicionou recentemente:

"Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida." (HC 105779, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/02/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 21-02-2011 PUBLIC 22-02-2011)

Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicie o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07 mas tão somente de adequar, afastando qualquer incongruência, a aplicação da pena e do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Desta forma, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

Diante disso, deve ser parcialmente concedida a ordem para, determinar ao Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS 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 da adequação do regime prisional.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0022152-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 196.199 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120800606265 20800606265 70031447154

EM MESA

JULGADO: 05/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MICHEL MOTA DE MORAES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDERSON LUÍS DOS SANTOS LOURENÇO (PRESO)

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, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.