



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.054 - ES (2011/0257169-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : KATIANA BRAUM NASCIMENTO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. 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. SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DA EXECUÇÃO DE PARTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. GRAVIDADE DA CONDUTA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, 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, e a suspensão da execução, pelo Senado Federal, de parte do art. 33, § 4º, da citada lei, 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 o acórdão no ponto em que entendeu inviável proceder-se a permuta quando, a despeito do preenchimento do requisito objetivo - pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão -, a agente não preenchia os subjetivos.

3. A gravidade da conduta delituosa perpetrada, dadas as circunstâncias em que cometida - introdução de expressiva quantidade de substância entorpecente - **70 g (setenta gramas) de maconha** - dentro de estabelecimento prisional, demonstram que, na espécie, a negativa de conversão da sanção reclusiva se encontra justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. AVENTADA ILEGALIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE ESTADUAL NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSA PARTE.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da questão referente à ilegalidade na imposição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime fechado, tendo em vista que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal impetrado, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 03 de maio de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.054 - ES (2011/0257169-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : KATIANA BRAUM NASCIMENTO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de KATIANA BRAUM NASCIMENTO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que negou provimento à Apelação n.º 050080012458, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou a paciente à sanção de 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a Corte de origem teria inovado na fundamentação apresentada na sentença ao atribuir outras características à paciente para justificar a negativa de modificação do regime prisional e manter o indeferimento da conversão da pena reclusiva por restritivas de direitos.

Ressalta que a sentenciada é primária, possui boa conduta social, ainda em formação da personalidade, e que não haveria qualquer circunstância judicial desfavorável.

Destaca que a doutrina e jurisprudência atuais estariam reconhecendo a possibilidade de imposição de regime prisional diverso do fechado aos condenados por tráfico de drogas.

Alega que a paciente preencheria os requisitos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal para iniciar o cumprimento de sua reprimenda no modo de execução aberto.

Salienta que, com o advento da Lei n.º 11.464/2007, a vedação à substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos prevista na Lei de Drogas não seria mais aplicada, em observância ao princípio da individualização da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz que seria imperiosa a aplicação das determinações do art. 44 do Código Penal quando estivessem atendidos os critérios para a conversão da pena privativa de liberdade.

Requeru, liminarmente, a suspensão da ação penal até o julgamento final deste *writ*, e, no mérito, pugna pela fixação do regime inicial aberto, bem como pela substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.054 - ES (2011/0257169-2)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que a paciente foi condenada à pena de 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/2006, porque, no dia 6-4-2008, na Casa de Custódia de Viana/ES, "*foi detida no momento em que tentava visitar um interno, levando consigo uma bucha de maconha pesando aproximadamente 70 g (setenta gramas)*" (fls. 13).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento.

Quanto à sustentada ilegalidade decorrente do indeferimento da substituição da sanção privativa de liberdade por penas alternativas, verifica-se que a Corte de origem entendeu inviável proceder-se à permuta sob os seguintes fundamentos:

No presente caso, a despeito do quantum da pena (não superior a 4 anos), a ausência de violência ou grave ameaça à pessoa e a primariedade, a apelante não atende os pressupostos subjetivos para a aplicação de meras sanções restritivas de direitos (art. 44, III, do CP). É que as circunstâncias da prática delituosa (tentativa de introduzir entorpecentes na Casa de Custódia de Viana, escondidos em plena cavidade vaginal, destinados ao seu companheiro, preso em razão do mesmo crime - fls. 31), demonstram a degeneração, a ousadia e o descrédito da apelante com as instituições responsáveis pela ressocialização dos infratores. Além disso, a ausência de ocupação profissional lícita (jovem com 22 anos de idade, qualificada como 'do lar' - fls. 100) desaconselha a substituição da pena privativa de liberdade, sob o fundado receio de ineficácia da resposta penal, quanto à dupla finalidade repressiva e preventiva. (fls. 26)

É certo que, inicialmente, esta Quinta Turma adotou 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*).

Contudo, 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.

Para melhor análise do tema, transcreve-se excerto extraído do Informativo nº 598 do Pretório Excelso:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente habeas corpus e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de writ, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas ("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."). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional – v. Informativos 560, 579 e 597. Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convolação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o habeas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus.

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 das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da benesse, previstas no art. 44 do CP.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que foi negado à acusada o referido benefício, não em razão da vedação legal à sua aplicação, mas diante do não preenchimento dos requisitos subjetivos legalmente exigidos, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, evidenciada, sobretudo, pelas circunstâncias em que se deram os fatos - tentativa de ingresso no interior de estabelecimento prisional, portando expressiva quantidade de droga, 70 g (setenta gramas) de maconha, que seria entregue para um interno da Casa de Custódia de Vianda/ES, companheiro da paciente, que cumpre pena em razão de condenação também pelo crime de tráfico ilegal de entorpecentes.

Tais circunstâncias, somadas, evidenciam que, *in casu*, a negativa de permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECLUSÃO E SESSENTA 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, inviável acoimar-se de ilegal o acórdão no ponto em que manteve a negativa da permuta quando, a despeito do preenchimento do requisito objetivo - pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão -, a agente não preenchia o subjetivo, haja vista a gravidade concreta da conduta perpetrada, revelada pelas circunstâncias em que praticado o delito.

Melhor sorte não socorre a impetrante no referente à alegada ocorrência de inovação na fundamentação pelo órgão julgador de segunda instância, posto que, da leitura do acórdão objurgado, infere-se que a Corte impetrada em momento algum complementou os fundamentos descritos no édito condenatório, tendo apenas concluído a partir do contexto das provas carreadas nos autos que o indeferimento da substituição de pena pelo magistrado singular estaria devidamente justificado.

No que toca à suposta ilegalidade quanto a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da sanção reclusiva, verifica-se que essa questão não foi analisada pelo Tribunal de origem na ocasião do julgamento da apelação, até porque, segundo depreende-se da leitura do relatório constante do acórdão impetrado "o apelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defensivo limita-se a pleitear a substituição da pena reclusiva por uma sanção restritiva de direitos" (fls. 25), ou seja, tal tese sequer foi levantada nas razões do recurso, o que impede a sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRONÚNCIA. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA 21/STJ. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. A matéria que não foi objeto de análise pela instância ordinária, não pode ser conhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

[...]

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC n.º 95.634/PB, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 17-11-2009, DJe 7-12-2009)

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 presente *habeas corpus* e, nessa extensão, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0257169-2

HC 223.054 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 50080012458

EM MESA

JULGADO: 03/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : KATIANA BRAUM NASCIMENTO

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.