



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 222.820 - SP (2011/0254936-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO GOMES DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA. ORDEM CONCEDIDA. TESE DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO-OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS.

1. A partir do julgamento, **pelo plenário do Supremo Tribunal Federal**, do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO – no qual se admitiu a possibilidade, aos condenados por tráfico de drogas sob a égide da Lei n.º 11.343/2006, de terem a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos –, fez-se necessário, também, proceder à adequação da pena corporal, com a determinação de regime prisional mais brando, compatível com o novo entendimento, fixado justamente para evitar o encarceramento.

2. Não obstante as decisões proferidas incidentalmente pela Suprema Corte produzam efeitos *inter partes*, não atingindo terceiros, estranhos à relação processual, podem perfeitamente servir de fundamento em casos análogos, por força dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, dada a sua evidente transcendência ao interesse meramente privado.

3. Desde a inserção, pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, da repercussão geral nos recursos extraordinários e da súmula vinculante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a adotar, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a modulação dos efeitos da decisão, instituto oriundo do controle concentrado, atribuindo-se-lhes efeitos *erga omnes* e vinculante nas hipóteses de julgamento pelo plenário, tal como ocorre na espécie.

4. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 1º de março de 2012 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 222.820 - SP (2011/0254936-8)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO GOMES DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha lavra, que concedeu a ordem, nos seguintes termos:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DO STF E STJ. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AO CORRÉU. ART. 580 DO CPP." (fls. 56/62)

Alega o Agravante, em suma, que *"o objeto do habeas corpus não é a mera concessão de efeito suspensivo a recurso especial"* (fl. 122).

Sustenta que, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, nos autos do HC n.º 97.256/RS, *"da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 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"* (fl. 75), *"a decisão produz efeitos inter partes e ex tunc"* (fl. 75), na medida em proferida incidentalmente, em sede de controle difuso.

Conclui, assim, que a decisão agravada importou em ofensa à cláusula de reserva de plenário, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, *"em que os Tribunais somente podem declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos por maioria absoluta dos membros do plenário ou do órgão especial do tribunal"* (fl. 78).

Requer, assim, a reconsideração da decisão que indeferiu liminarmente a inicial, a fim de que seja determinado o seu regular processamento. Caso contrário, pede seja o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

submetido a julgamento pela Turma, a fim de que seja concedida a ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 222.820 - SP (2011/0254936-8)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA. ORDEM CONCEDIDA. TESE DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO-OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS.

1. A partir do julgamento, **pelo plenário do Supremo Tribunal Federal**, do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO – no qual se admitiu a possibilidade, aos condenados por tráfico de drogas sob a égide da Lei n.º 11.343/2006, de terem a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos –, fez-se necessário, também, proceder à adequação da pena corporal, com a determinação de regime prisional mais brando, compatível com o novo entendimento, fixado justamente para evitar o encarceramento.

2. Não obstante as decisões proferidas incidentalmente pela Suprema Corte produzam efeitos *inter partes*, não atingindo terceiros, estranhos à relação processual, podem perfeitamente servir de fundamento em casos análogos, por força dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, dada a sua evidente transcendência ao interesse meramente privado.

3. Desde a inserção, pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, da repercussão geral nos recursos extraordinários e da súmula vinculante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a adotar, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a modulação dos efeitos da decisão, instituto oriundo do controle concentrado, atribuindo-se-lhes efeitos *erga omnes* e vinculante nas hipóteses de julgamento pelo plenário, tal como ocorre na espécie.

4. Agravo regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O agravo regimental não merece provimento.

Como já ressaltai na decisão embargada, a partir do julgamento, **pelo plenário do Supremo Tribunal Federal**, do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO – no qual se admitiu a possibilidade, aos condenados por tráfico de drogas sob a égide da Lei n.º 11.343/2006, de terem a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos –, fez-se necessário, também, proceder à adequação da pena corporal, com a determinação de regime prisional mais brando, compatível com o novo entendimento, fixado justamente para evitar o encarceramento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre reprisar a advertência oportunamente levantada pelo eminente Ministro GILSON DIPP, relator do HC 196.199/RS, por ocasião do julgamento da referida causa por esta Quinta Turma (DJe de 14/04/2011):

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

Referido julgado restou assim ementado:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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." (HC 196.199/RS, QUINTA TURMA, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 14/04/2011.)

Nesse sentido, também já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

"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." (STF, HC 105.779/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 21/02/2011.)

Constata-se, portanto, que o acórdão embargado solucionou a *quaestio juris* de maneira clara e coerente, em perfeita consonância com o entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, não se verificando a apontada ofensa ao dispositivo constitucional mencionado nas razões do presente recurso.

É oportuno esclarecer, ainda, que, não obstante as decisões proferidas incidentalmente pela Suprema Corte produzam efeitos *inter partes*, não atingindo terceiros, estranhos à relação processual, podem perfeitamente servir de fundamento em casos análogos, por força dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, dada a sua evidente transcendência ao interesse meramente privado.

Desde a inserção, pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, da repercussão geral nos recursos extraordinários e da súmula vinculante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a adotar, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a modulação dos efeitos da decisão, instituto oriundo do controle concentrado, atribuindo-se-lhes efeitos *erga omnes* e vinculante, nas hipóteses de julgamento pelo plenário, tal como ocorre na espécie.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0254936-8

AgRg no
HC 222.820 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12352010 580372120108260050

EM MESA

JULGADO: 01/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO
ADVOGADO : ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO GOMES DE SOUZA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO GOMES DE SOUZA (PRESO)

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.