



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.415 - MG (2008/0249690-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : VAGNER DE FIGUEIREDO BRANDÃO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : GERALDO ARLINDO ROQUE

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS 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. PRECEDENTES.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

2. No caso em apreço, mostra-se adequada, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o paciente é reconhecidamente primário e foi considerado a possibilidade de recuperação e reinserção social, o que levou a fixação da pena base no mínimo legal

3. Ordem Concedida, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, à luz do art. 44 do Código Penal, diante das peculiaridades do caso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.
Brasília (DF), 1º de dezembro de 2011(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.415 - MG (2008/0249690-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : VAGNER DE FIGUEIREDO BRANDÃO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : GERALDO ARLINDO ROQUE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de GERALDO ARLINDO ROQUE, contra em acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento ao recurso, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para inicialmente fechado, nos termos da seguinte ementa:

"EMENTA: TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE ENTORPECENTE - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. A quantidade de droga apreendida, seu modo de acondicionamento e o depoimento dos policiais servem como fundamento para afastar a finalidade do porte da droga para uso próprio do agente. É inconstitucional a imposição de regime integralmente fechado, ante o sistema progressivo dos regimes de cumprimento de pena, constantes do Código Penal e da Lei de Execução Penal, recepcionados pela Constituição da República. "

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Mariana a cumprir, em regime integralmente fechado, a pena de 03 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, como incurso no art. 12, "*caput*", da Lei nº 6.368/76.

Alegam os Impetrantes que o Tribunal entendeu que não se mostra adequada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista a culpabilidade do Acusado. Aduzem que no aresto "*não foram analisadas as questões atinentes à culpabilidade do réu (...) pelo que nos resta concluir que a análise efetuada pelo julgador primevo, quando cumpria com o disposto no art. 59 do Código Penal, foi acatada pelo Tribunal de Apelação Mineiro como correta*" (e STJ fl. 06).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustentam os impetrantes que o Juiz sentenciante apenas mencionou que *"a culpabilidade, em delitos tais, é sempre intensa pelo perigo social da conduta"*, razão pela qual ela não pode ser utilizada como critério para obstar a substituição, por ser peculiar a crimes dessa espécie.

Requerem os impetrantes, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sob o argumento de que o paciente preenche os requisitos elencados no art. 44, do Código Penal e cometeu o crime na vigência da Lei 6.368/76.

A liminar foi indeferida pelo em. Min. Arnaldo Esteves Lima, então Relator do caso. Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que juntou parecer opinando pela denegação da ordem.(e-STJ fls. 494/499)

Vieram-me os autos à conclusão, por atribuição, após a minha designação para integrar esta eg. 5ª Turma, em 17.12.10.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.415 - MG (2008/0249690-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : VAGNER DE FIGUEIREDO BRANDÃO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : GERALDO ARLINDO ROQUE
EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS 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. PRECEDENTES.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

2. No caso em apreço, mostra-se adequada, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o paciente é reconhecidamente primário e foi considerado a possibilidade de recuperação e reinserção social, o que levou a fixação da pena base no mínimo legal

3. Ordem Concedida, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, à luz do art. 44 do Código Penal, diante das peculiaridades do caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.415 - MG (2008/0249690-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : VAGNER DE FIGUEIREDO BRANDÃO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : GERALDO ARLINDO ROQUE

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de substituição na pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para crimes de tráfico ilícito cometido sob a égide da Lei 6.368/76.

Relativamente ao alegado direito ao benefício da substituição das penas, verifica-se que o benefício do art. 44 do Código Penal foi negado ao Paciente mediante a seguinte fundamentação:

"Discordo do fundamento utilizado pelo magistrado sentenciante, hediondez do delito, para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu. Entendo que o operador do direito não pode impor restrições em hipótese não contemplada pelo legislador, no presente caso, o réu realmente não faz jus ao aludido benefício, mas porque a análise de sua culpabilidade não indica a substituição como medida adequada a prevenção do crime e a sua ressocialização."

O entendimento adotado anteriormente por este Superior Tribunal, entendia não ser possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos na hipótese de o acusado – condenado por tráfico de droga sob a égide da Lei n.º 6.368/76 – já ter sido beneficiado com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em razão da expressa previsão constante do mesmo dispositivo, sob pena de incorrer em indevida combinação de leis.

Por oportuno, confira-se o teor do mencionado artigo:

"Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...].

§ 4.º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Veja-se a ementa do mencionado *decisum*:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente." (HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Desse modo, afastada a vedação legal, mostra-se adequada, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o paciente é reconhecidamente primário, bem como foi levada em consideração a possibilidade de recuperação e reinserção social, razão pela qual fixou-se a pena base no mínimo legal. (e-STJ Fls. 262)

No mesmo sentido, transcrevo os seguintes precedentes:

"PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO. PENA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Diante do quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal.

2. "A vedação da substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 conflita com o princípio da individualização - Habeas Corpus nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apreciado no Plenário, com julgamento finalizado em 1º de setembro de 2010" (HC-101.205, STF, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe de 8/10/2010.)

3. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 121.111/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe DE 17/12/2010; sem grifo no original.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. MATÉRIAS AVENTADAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE ESTADUAL NO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA CELERIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO DA APELAÇÃO CRIMINAL. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. CONHECIMENTO DO WRIT.

[...]

PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NEGATIVA FUNDADA NAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. ILEGALIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. PERMUTA ADMISSÍVEL. PROIBIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 E DO 44 DA NOVEL LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DESTE STJ. INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXPRESSÕES QUE VEDAM A SUBSTITUIÇÃO CONTIDA NOS CITADOS DISPOSITIVOS LEGAIS RECONHECIDA PELO PLENÁRIO DO STF. REQUISITOS SUBJETIVOS. PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. PERMUTA PROCEDIDA.

1. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, 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, se o delito foi praticado ainda na vigência da Lei 6.368/76.
2. As vedações constantes no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei n. 11.343/06 e os comandos da Lei 11.464/07 não são aplicáveis aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecente praticado na vigência da antiga Lei de Tóxicos.
3. Ademais, por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em pena restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, e da expressão "vedada a conversão de suas penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma legal.

4. Fixada pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e não tendo sido apontados elementos idôneos que demonstrassem a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, perfeitamente possível a substituição por restritivas de direitos, quando a medida mostrar-se suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada. Inteligência dos incisos I e III do art. 44 do CP.

5. Ordem parcialmente concedida tão somente para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a sanção reclusiva imposta à paciente por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo competente para a execução da reprimenda." (HC 102.533/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 16/11/2010; sem grifo no original.)

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, à luz do art. 44 do Código Penal, diante das peculiaridades do caso.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0249690-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 120.415 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10400990015598 400990015598

EM MESA

JULGADO: 01/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VAGNER DE FIGUEIREDO BRANDÃO E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : GERALDO ARLINDO ROQUE

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.