



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 82.487 - RS (2011/0277699-9)

**RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EMERSON DOS SANTOS
ADVOGADO : JOSÉ FRANCISCO FERREIRA DE ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL DECLARADA EM PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

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

2. Sendo firme o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em relação à inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", presente nos artigos 33, parágrafo 4º e 44, ambos da Lei n. 11.343/06, torna-se compatível e adequado, com os princípios da economia processual e da celeridade, o reconhecimento da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, independentemente, da edição de verbete sumular vinculante.

3. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, "por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 10 de abril de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 82.487 - RS (2011/0277699-9)

**RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EMERSON DOS SANTOS
ADVOGADO : JOSÉ FRANCISCO FERREIRA DE ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (Relator): Trata-se de agravo regimental ajuizado pelo Ministério Público Federal, forte nos arts. 258 e seguintes do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, contra a decisão monocrática de fls. 403-406, e-STJ, que, em razão da declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da proibição à permuta contida no art. 44 da Lei de Drogas, confirmou a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, negando, assim, provimento ao agravo do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Sustenta o agravante que o precedente do E. Supremo Tribunal Federal, eleito como fundamentação da decisão monocrática, não é revestido de caráter vinculante, devendo a independência jurisdicional deste Superior Tribunal de Justiça, ser exercida para manter a vedação prevista no artigo 44 da Lei 11.343. Aduz, ainda, que "deve-se buscar, na interpretação das normas de direito material e formal, a perfeita sintonia entre sua finalidade e o interesse coletivo, porquanto a liberdade não é um direito absoluto, mas condicionado aos lindes interpessoais e complexos do indivíduo em sociedade." (fl. 418, e-STJ) Requer, por fim, o conhecimento e provimento do agravo regimental, sob um último apelo, de que a substituição que pretende ver negada, permite a volta de pequenos traficantes às esquinas das cidades brasileiras, circunstância que agrava o problema de saúde pública e violência visceral das drogas.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 82.487 - RS (2011/0277699-9)

**RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EMERSON DOS SANTOS
**ADVOGADO : JOSÉ FRANCISCO FERREIRA DE ANDRADE - DEFENSOR
PÚBLICO**

VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (Relator):** Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, verifica-se que as teses jurídicas veiculadas nas razões do regimental não são capazes de modificar o posicionamento anteriormente firmado, o qual mantenho na íntegra:

Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contra inadmissão, na origem, de recurso especial fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, manejado em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de relatoria do e. Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, assim ementado (e-STJ, fl. 273):

CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT E SEU § 4º DA LEI Nº 11.343/06). IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINAR DE NULIDADE. PROVA. PENA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Quanto à preliminar de nulidade do feito, devido ao indeferimento do pedido de submissão do réu a exame de dependência toxicológica, não merece prosperar. O referido exame não é prova indispensável na instrução de processo penal relativo a entorpecentes; faz-se necessário somente para se aferir a imputabilidade penal do agente, quando houver fundadas dúvidas a esse respeito, o que, no caso presente, não se vislumbrou. Prefacial rejeitada.

No mérito, a prova contida nos autos autoriza a manutenção da condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo inviáveis as pretendidas absolvição, por insuficiência probatória ou desclassificação do delito para o previsto no artigo 28, da Lei Antitóxicos.

De salientar que os depoimentos dos policiais merecem total credibilidade, notadamente quando coerentes e harmônicos com os demais elementos probatórios.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao apenamento, foi corretamente calculado, mostrando-se como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime perpetrado, não havendo motivos para reduzi-lo, inclusive porque a pena-base foi fixada no mínimo legal, por restarem favoráveis as circunstâncias judiciais.

Em um segundo momento, a redutora prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, restou aplicada em quantidade suficiente (metade), se mostrando condizente e proporcional à dúplici finalidade da sanção penal.

Cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com amparo no decidido pelo STF, no Habeas Corpus nº 97.256.

Voto vencido.

Em relação à multa e às custas impostas ao réu, decorrem ambas de expressa previsão legal, sendo a eventual impossibilidade de sua satisfação matéria a ser solvida junto ao juízo da execução.

PRELIMINAR AFASTADA, À UNANIMIDADE. APELO PROVIDO EM PARTE, PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, POR MAIORIA.

O ora agravante sustentou, nas razões do recurso especial, que a Corte de origem, ao substituir a pena privativa de liberdade fixada em dois anos e seis meses de reclusão, imposta ao condenado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, treze porções individuais de "crack", violou os artigos 33, § 4º, e 44, ambos da Lei 11.343/06. Aduz, ainda, que a substituição realizada atenta não só contra a "mens legis", mas também contra a Constituição Federal. Pretende, por fim, a reforma do acórdão, com o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 391-400, e-STJ, opinou pelo provimento do recurso, em parecer da lavra da Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos.

É o relatório.

Decido.

A irresignação não merece prosperar. Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, no julgamento Habeas Corpus n.º 97.256/RS, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, 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 11.343/2006. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"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. 97.256/RS). 6. Necessidade de análise



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 7. Ordem parcialmente deferida" (Habeas Corpus 104.423/AL, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 8.10.2010).

"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" (Habeas Corpus 102.678/MG, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 23.4.2010).

No âmbito desta Corte, pacificou-se o mesmo entendimento:

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. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no arts. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque foi flagrado trazendo consigo, para fins de difusão ilícita, 5 pedras de crack.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e do regime aberto de cumprimento de pena. (Habeas Corpus 205.321 / MG, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 22.9.2011).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de tráfico. Precedentes.

2. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal. Decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto).

3. Mister considerar os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". 4. A condenação por tráfico de 4,77 g de crack e 0,66 g de cocaína, estabelecida a pena-base no mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, diante da reprimenda final de um ano e oito meses de reclusão, enseja o regime inicial seja o aberto, substituindo-se a privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Ordem concedida, acolhido o parecer, para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º do Código Penal) e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, já que presentes os requisitos para tanto (artigo 44 e incisos do Código Penal), devendo o Juízo das Execuções Criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover-lhes a aplicação. (Habeas Corpus 176.664/MG, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 8.9.2011).

Dessa forma, mostrando-se possível a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tenho como escoreita a decisão que negou seguimento ao recurso especial.

Ante o exposto nego provimento ao agravo.

Intimem-se.

Destaco, ainda, para ratificar a decisão agravada e o acerto do Tribunal de origem, trecho extraído do Informativo n. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 corpus.

Imperioso mencionar, por fim, que sendo firme o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em relação à inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, presente nos artigos 33, parágrafo 4º e 44, ambos da Lei n. 11.343/06, torna-se compatível e adequado, com os princípios da economia processual e da celeridade, o reconhecimento da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, independentemente, da edição de verbete sumular vinculante.

Ante o exposto nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0277699-9

AgRg no
AREsp 82.487 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 107126620088210080 20800010718 5000507620118217000 6485502120108217000
70040608358 70044378529 70045672565

EM MESA

JULGADO: 10/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVADO : EMERSON DOS SANTOS

ADVOGADO : JOSÉ FRANCISCO FERREIRA DE ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO

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 : EMERSON DOS SANTOS

ADVOGADO : JOSÉ FRANCISCO FERREIRA DE ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA 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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.