



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 227.182 - SP (2011/0291663-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : REGINALDO LIMA DA SILVA
ADVOGADO : RAFAEL GALATI SÁBIO - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO SENADO N.º 05/2012. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA. RECONHECIMENTO DO PRIVILEGIO. EQUIPARAÇÃO A CRIME HEDIONDO NÃO AFASTADA. CONTRARIEDADE DA CONCEPÇÃO ADOTADA QUANTO À POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E DE ADOÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO NÃO EVIDENCIADA. 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, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, que proibia a conversão das penas –, 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. O reconhecimento do privilégio não afasta a equiparação constitucionalmente estabelecida entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, tampouco contraria a concepção adotada por esta Quinta Turma, quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de adoção de regime menos gravoso.

3. 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 e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
Brasília (DF), 13 de março de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 227.182 - SP (2011/0291663-4)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : REGINALDO LIMA DA SILVA
ADVOGADO : RAFAEL GALATI SÁBIO - DEFENSOR PÚBLICO

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 DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. 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. 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." (fls. 77/83)

Alega o Agravante, em suma, que o posicionamento adotado na decisão agravada "deve ser revisto" (fl. 91).

Sustenta que o delito de tráfico de drogas, "que contém seus preceitos normativos primário e secundário reunidos no 'caput' do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, é equiparado àqueles definidos em lei como hediondos, e essa natureza não é mitigada pela mera incidência de eventual causa de diminuição de pena" (fl. 92), submetendo-se "aos rigores específicos impostos pela Lei n.º 8.072/90, em especial ao regime inicial fechado e à progressão segundo critérios mais dificultosos, com a observância do cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena" (fls. 93/94), sendo que, "no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, releva consignar que, no delito de tráfico de drogas, a vedação a esse benefício é expressamente prevista pelas normas especiais de regência, quais sejam, os artigos 33, § 4.º e 44, da Lei n.º 11.343/06, de modo que não haveria margem à interpretação diversa pelo magistrado, sob pena de violação à própria norma" (fl. 94).

Requer, assim, a reconsideração da decisão. Caso contrário, pede seja o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

submetido a julgamento pela Turma, a fim de que seja provido, com a denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 227.182 - SP (2011/0291663-4)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO SENADO N.º 05/2012. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA. RECONHECIMENTO DO PRIVILEGIO. EQUIPARAÇÃO A CRIME HEDIONDO NÃO AFASTADA. CONTRARIEDADE DA CONCEPÇÃO ADOTADA QUANTO À POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E DE ADOÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO NÃO EVIDENCIADA. 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, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, que proibia a conversão das penas –, 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. O reconhecimento do privilégio não afasta a equiparação constitucionalmente estabelecida entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, tampouco contraria a concepção adotada por esta Quinta Turma, quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de adoção de regime menos gravoso.

3. 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, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, que proibia a conversão da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 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.

Cumpre reprimir 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

Por fim, alega o Impetrante que o tráfico ilícito de drogas, denominado doutrinariamente privilegiado, ante a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, não perde o caráter de crime equiparado aos delitos hediondos.

A matéria em apreço já foi analisada por ambas as Turmas que compõem a 3.ª Seção desta Corte Superior de Justiça. De fato, o entendimento da 5.ª e 6.ª Turma é no sentido de que o reconhecimento do privilégio não afasta a equiparação constitucionalmente estabelecida entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos.

Entretanto, tal entendimento não sufraga a concepção adotada por esta Quinta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de adoção de regime menos gravoso, em virtude da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da vedação à conversão das penas, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS.

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.

A partir da 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.

Atualmente, desde 15/02/2012, a discussão perdeu sentido, em virtude da edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da mencionada vedação, *in verbis*:

"RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

*Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012."*

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0291663-4

AgRg no
HC 227.182 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1049248220118260000 1610120100099463

EM MESA

JULGADO: 13/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : RAFAEL GALATI SÁBIO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO LIMA DA SILVA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : REGINALDO LIMA DA SILVA
ADVOGADO : RAFAEL GALATI SÁBIO - DEFENSOR PÚBLICO

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 e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.