



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 172.518 - MG (2010/0087095-4)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : NILTON DE SOUZA MOTA
PACIENTE : GÊNESIS FERREIRA ESTEVES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO PELA METADE EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA INCIDENTALMENTE PELO PLENÁRIO DO STF. EDIÇÃO PELO SENADO DA RESOLUÇÃO N.º 05/2012. SUSPENSÃO DA EXPRESSÃO NORMATIVA CONSTANTE DO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “*inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal*”.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Na sistemática da novel Lei de Drogas, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida passaram a preponderar sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, quando da fixação da pena. Inteligência do art. 42 daquela norma.

V. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da sanção corporal por medida restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

VI. Edição, pelo Senado Federal, da Resolução n.º 05/2012 - publicado no DOU de 16.02.2012 - suspendendo a execução da expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343, a qual vedava, *in abstracto*, a conversão em penas restritivas de direitos.

VII. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em medida restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da reprimenda, considerando-se que aquela substituição visa, exatamente, evitar o encarceramento.

VIII. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento do Pretório Excelso, especificamente em relação ao crime de tráfico de drogas e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena e da sua suspensão pelo Senado, passando a receber novo regramento legal.

IX. Deve ser determinado ao juízo das execuções penais 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 a adequação do regime prisional.

X. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 172.518 - MG (2010/0087095-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de NILTON DE SOUZA MOTA e GÊNESIS FERREIRA ESTEVES, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos da Apelação Criminal n.º 1.0024.09.477013-8/001

Narra a impetração que os pacientes foram condenados no juízo singular ao cumprimento de pena privativa de liberdade fixada em 08 anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1.200 dias-multa, por estarem incursos nas sanções dos arts. 33 e 35, ambos da Lei de Drogas.

Inconformados com o decreto condenatório, interpuseram recurso no Tribunal *a quo*, buscando a sua absolvição ou, alternativamente, o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, na maior fração legal. Requeriam, ainda, a fixação do regime inicial menos gravoso para o desconto da reprimenda e a sua substituição por medidas restritivas de direitos.

A Corte de origem, contudo, acolheu apenas em parte o inconformismo, absolvendo-os da prática do delito de associação para o tráfico e, aplicando a minorante na fração de metade, reduziu a condenação ao patamar de 02 anos e 06 meses de reclusão, mais o pagamento de 250 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial fechado, mantida, no mais, a sentença recorrida. O julgamento restou assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DO ART.35 DA LEI 11.343/06. - O fato de os agentes trazerem consigo grande quantidade de maconha, individualmente embaladas, além das notícias de que eles as estavam comercializando, demonstram claramente a prática do tráfico, não se podendo falar em falta de provas. Por outro lado, não tendo sido comprovada a associação dos agentes de forma estável e duradoura para a prática do tráfico, devem eles ser absolvidos do crime previsto no art.35 da Lei Antidrogas, por insuficiência de provas. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART.33 DA LEI 11.343/06 - Sendo os agentes primários e possuidores de bons antecedentes e, não havendo notícias de que não se dedicam às atividades criminosas e nem integram organização criminosa, imperiosa é a diminuição das penas, com fulcro no art.33, § 4º, da Lei 11.343/06. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CUMPRIMENTO DA PENA E CONCESSÃO DE 'SURSI' - IMPOSSIBILIDADE - A concessão da causa de diminuição do art.33, § 4º, da Lei Antidrogas não altera as expressas vedações do art.44 da Lei 11.343/06 e do art.2º, § 1º da Lei 8.072/90, com as alterações da Lei 11.464/07." (fl. 75).

No presente writ, a Defensoria Pública alega haver constrangimento ilegal sob o argumento de que as circunstâncias judiciais foram valoradas pelas instâncias ordinárias, sem que houvesse elementos hábeis a justificar a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

Aduz que, apesar da quantidade e da natureza da droga apreendida não terem sido utilizadas pelo Tribunal *a quo* para majorar a pena-base, o art. 42 da legislação em destaque teria sido utilizado para aplicar o redutor apenas no patamar intermediário, qual seja, metade.

Assim, haveria uma violação ao princípio da proporcionalidade, pois "*quanto menor a reprovabilidade da conduta, expressada pela pena imposta, pela quantidade e natureza da droga apreendida, maior o percentual de diminuição da pena a ser empregado. Quedando-se a pena-base no mínimo legal, sua redução deve ser efetuada no grau máximo.*" (fls. 04/05).

Nesta linha de raciocínio, entende também necessária a imposição do cumprimento da reprimenda no regime aberto, substituindo-a por medidas restritivas de direitos.

Requer a concessão da ordem, para o fim de revisar a dosimetria da pena, nos termos acima destacados.

Não havendo pedido liminar, as informações foram prestadas à fl. 74, acompanhadas dos documentos de fls. 75/80.

A Subprocuradoria Geral da República manifestou-se às fls. 84/86 pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 172.518 - MG (2010/0087095-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de NILTON DE SOUZA MOTA e GÊNESIS FERREIRA ESTEVES, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos da Apelação Criminal n.º 1.0024.09.477013-8/001

Narra a impetração que os pacientes foram condenados no juízo singular ao cumprimento de pena privativa de liberdade fixada em 08 anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1.200 dias-multa, por estarem incursos nas sanções dos arts. 33 e 35, ambos da Lei de Drogas.

Inconformados com o decreto condenatório, interpuseram recurso no Tribunal *a quo*, buscando a sua absolvição ou, alternativamente, o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, na maior fração legal. Requeriam, ainda, a fixação do regime inicial menos gravoso para o desconto da reprimenda e a sua substituição por medidas restritivas de direitos.

A Corte de origem, contudo, acolheu apenas em parte o inconformismo, absolvendo-os da prática do delito de associação para o tráfico e, aplicando a minorante na fração de metade, reduziu a condenação ao patamar de 02 anos e 06 meses de reclusão, mais o pagamento de 250 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial fechado, mantida, no mais, a sentença recorrida. O julgamento restou ementado à fl. 75.

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega haver constrangimento ilegal sob o argumento de que as circunstâncias judiciais foram valoradas pelas instâncias ordinárias, sem que houvesse elementos hábeis a justificar a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

Aduz que, apesar da quantidade e da natureza da droga apreendida não terem sido utilizadas pelo Tribunal *a quo* para majorar a pena-base, o art. 42 da legislação em destaque teria sido utilizado para aplicar o redutor apenas no patamar intermediário, qual seja, metade.

Assim, haveria uma violação ao princípio da proporcionalidade, pois "*quanto menor a reprovabilidade da conduta, expressada pela pena imposta, pela quantidade e natureza da droga apreendida, maior o percentual de diminuição da pena a ser empregado. Quedando-se a pena-base no mínimo legal, sua redução deve ser efetuada no*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grau máximo." (fls. 04/05).

Nesta linha de raciocínio, entende também necessária a imposição do cumprimento da reprimenda no regime aberto, substituindo-a por medidas restritivas de direitos.

Requer a concessão da ordem, para o fim de revisar a dosimetria da pena, nos termos acima destacados.

Passo à análise da irresignação.

Mediante consulta ao sítio eletrônico da Corte estadual, constata-se que após o julgamento do acórdão recorrido os autos foram baixados à vara de origem, pois não houve a interposição de qualquer recurso, o que denota não ter o impetrante buscado o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, utilizar-se da via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restrições da exceção.

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ” (HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011)

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

Contudo, após exame dos autos, constata-se haver flagrante constrangimento ilegal imposto aos pacientes.

A dosimetria da pena foi reformada pelo TJMG, nestes termos:

"Pretendem os apelantes a reforma da sentença proferida em 1º grau, formulando vários pedidos em suas razões.

Inicialmente, almejam ver-se absolvidos quanto aos delitos dos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06, sob a alegação de insuficiência probatória.

No entanto, suas pretensões não podem prevalecer.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada através do auto de apreensão de fls.19, do laudo de constatação preliminar de drogas fls.29 e do laudo toxicológico definitivo de fls.111.

A autoria do tráfico ilícito de drogas também ficou evidente.

(...)

Portanto, acertada foi a condenação dos apelantes pelo delito do art.33 da Lei 11.343/06.

Por outro lado, deve ser reformada a decisão fustigada, no que tange à condenação dos réus pelo crime de associação para o tráfico ilícito de drogas.

É que, embora tenha sido comprovado que eles traziam consigo as drogas, para fins de comercializá-las, nada há nos autos no sentido de que houve a associação de modo estável e permanente.

O que há, no máximo, é a associação eventual, o que não se presta a configurar o delito do art.35 da Lei 11.343/06, sendo imperiosa a absolvição, frente à insuficiência probatória.

(...)

Consequentemente, decotada a condenação pelo delito de associação para o tráfico, nenhum óbice há ao reconhecimento da causa de diminuição do art.33, §4º da Lei 11.343/06, pois são eles primários e possuidores de bons antecedentes (fls.43 e 46), além de não haver provas de que se dedicam às atividades criminosas ou integram organização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa.

Assim, tendo as penas referentes ao delito de tráfico sido fixadas para os dois réus em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, as reduzo em 1/2 (fração que entendo proporcional frente à quantidade e natureza da substância apreendida, com base no art. 42 da Lei 11.343/06 - aproximadamente 30 gramas de maconha), passando as penas para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, para cada um dos apelantes.

Por outro lado, não se pode falar em aplicação do sursis e do regime aberto, tendo em vista que as expressas vedações do art. 44 da Lei 11.343/06 e do art. 2º, §1º da Lei 8.072/90, com as alterações da Lei 11.464/07, permanecem mesmo se reconhecida a causa de diminuição do §4º do art.33 da Lei Antidrogas.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO para, com fulcro no art. 386, VII, do CPP, absolver os apelantes do delito do art. 35 da Lei 11.343/06 e reconhecer a causa de diminuição do art. 33, §4º, da mesma lei, passando suas penas, quanto ao crime de tráfico, para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantidas as demais disposições da sentença fustigada." (fls. 76/78, sem destaque no original).

In casu, o Colegiado de origem reconheceu a possibilidade de redução da pena pela metade, com fulcro no art. 42 da Lei 11.343/06.

Com efeito, na sistemática da novel Lei de Drogas, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida passaram a preponderar sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, quando da fixação da pena. Assim, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade nesse aspecto.

No entanto, quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos, o art. 44, *caput*, da Lei nº 11.363/06, assim disciplina a matéria:

"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."

Neste aspecto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 1º de setembro de 2010, manifestou-se sobre o tema no julgamento HC n.º 97.256 -RS, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, declarando incidentalmente e 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após aquele julgado, o Pretório Excelso passou a admitir a possibilidade da concessão da ordem, deferindo a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Neste sentido, trago à colação os seguintes precedentes daquela Corte:

"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 dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 7. Ordem parcialmente deferida" (HC 104423/AL, Relator Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010).

"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" (HC 102678/MG, Relator Ministro EROS GRAUS, Segunda Turma, DJe de 09/03/10).

Em seguida, sobreveio a edição, pelo Senado Federal, da Resolução n.º 05/2012 - publicado no DOU de 16.02.2012 - suspendendo a execução da expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343, que passou ter a seguinte redação:

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

§ 4º 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. (Vide Resolução nº 5, de 2012)"

Assim, mostra-se possível a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, em relação ao regime prisional, nos termos da Lei n.º 11.464/07, que deu nova redação ao § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90, o inicialmente fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometidos após a publicação da nova lei.

No entanto, considerando a declaração de inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e a suspensão pelo Senado da disposição normativa inserta no dispositivo legal acima destacado, verifica-se a incompatibilidade da concessão deste benefício para o apenado em regime fechado, considerando-se que a pena restritiva de direitos visa, exatamente, evitar o encarceramento.

Nesse contexto, nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não deve existir impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena.

A corroborar esta conclusão, vê-se que o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou recentemente:

“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.” (HC 105779, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/02/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 21-02-2011 PUBLIC 22-02-2011)

Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que inicie o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07, mas tão somente adequar, afastando qualquer incongruência, a aplicação da pena e do regime prisional à possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade por medida 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.

Dessa forma, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

Diante disso, deve ser determinado ao juízo das execuções penais 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 a adequação do regime prisional.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, nos termos da motivação acima deduzida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0087095-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 172.518 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024094770138 24094770138

EM MESA

JULGADO: 19/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: NILTON DE SOUZA MOTA
PACIENTE	: GÊNESIS FERREIRA ESTEVES

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

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