



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.843 - RJ (2010/0226965-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : NIELZA DA SILVA BARROS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO DO DELITO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DA PERMUTA. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, 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.

2. A gravidade abstrata do delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido, apenas para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, determinando-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro analise o eventual preenchimento, pela sentenciada, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.843 - RJ (2010/0226965-0)

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : NIELZA DA SILVA BARROS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de NIELZA DA SILVA BARROS contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negou provimento à Apelação n.º 0133943-62.2010.8.19.0001, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou a paciente à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a paciente preenche todos os requisitos previstos no art. 44 do CP, razão pela qual deveria ser procedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Destaca que o fato de ter sido aplicada a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 demonstra que a paciente é "traficante de primeira viagem", de maneira que seria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado substituir-se a sanção reclusiva por penas alternativas.

Argumenta que, diante da favorabilidade das circunstâncias judiciais e do *quantum* de pena definitivamente estabelecido, deveria ser fixado o regime aberto de execução.

Requer a concessão da ordem, para que seja a reprimenda privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos e seja fixado o modo mais brando de cumprimento de pena.

Informações prestadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.843 - RJ (2010/0226965-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que a paciente foi condenada à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porque, no **dia 29-4-2010**, trazia consigo, para fins de difusão ilícita, 205 gramas da substância entorpecente conhecida como "cocaína", acondicionados em 203 (duzentos e três) "sacolés", sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (e-STJ fl. 10).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena fixado à paciente, o juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo inicialmente fechado, *"observando-se o disposto no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8072/90"* (e-STJ fl. 23).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a fixação do regime inicial mais gravoso, sob o fundamento de que *"a Lei n.º 11.464/07 não afastou do tráfico a natureza de crime hediondo, tendo apenas reconhecido a possibilidade de progressão de regime a seus executores, o que não afasta a imposição do regime fechado para o inicial cumprimento da pena"* (e-STJ fl. 39).

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção da paciente tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restou condenada ocorreu em **29-4-2010** (e-STJ fl. 10), após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007, que entrou em vigor no dia 28-3-2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). PENA: 2 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 275 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (1 BUCHA DE MACONHA E 11 PEDRAS DE CRACK). DELITO COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07 (13.08.2008). INADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. [...].

1. Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (11 pedras de crack e 1 bucha de maconha) justificam a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

2. Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

[...]

10. Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de

conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. (HC n.º 187.962/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22-2-2011, DJe 21-3-2011)

Ainda, o seguinte precedente da Suprema Corte:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO.

1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal - seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado.

2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante.

3. Ordem denegada. (HC n.º 103.011/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 24-8-2010, DJe 10-9-2010)

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, o juiz sentenciante entendeu inviável proceder-se à permuta, por entender que tal medida "se revela incompatível com o delito praticado e não se mostra suficiente como reprimenda", haja vista que delitos dessa natureza "contribuem para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disseminação de entorpecentes à sociedade, causando imenso prejuízo à saúde de um número indeterminado de pessoas, além de contribuíram para intranquilidade social" (e-STJ fl. 23).

A Corte de origem, por seu turno, manteve o entendimento de que não seria possível substituir-se a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, pelos motivos a seguir aduzidos:

*É incabível, na hipótese dos autos, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como pretendido pela apelante Nielza. Assim é porque, consoante se vê do disposto no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, o Legislador vedou, expressamente, a substituição pretendida aos executores dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, todos da mesma Lei Especial. Além disso, ainda que fosse possível a substituição no caso dos presentes autos, esta **não** se mostra suficiente e recomendável, eis que o delito de tráfico de substâncias entorpecentes, crime hediondo, se transformou em um incurável cancro que, danoso, se alastra na sociedade, à qual causa problemas de toda ordem. (e-STJ fl. 39)*

É certo que, inicialmente, esta Quinta Turma adotou o entendimento de que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a vedação expressa contida no art. 44 da aludida norma (nesse sentido: *HC 154.799/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 27/09/2010; HC 146.032/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 13/09/2010*).

Contudo, em 1º de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 da novel Lei de Drogas, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Ayres Britto.

Para melhor análise do tema, transcreve-se excerto extraído do Informativo n.º 598 do Pretório Excelso:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

Ora, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões dos arts. 33, § 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, afigura-se possível, a princípio, a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da novel Lei Antidrogas.

Mas, para proceder-se à substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, necessário o preenchimento, pela paciente, das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da benesse, previstas no art. 44 do CP.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que foi negada à paciente a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos também em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da gravidade abstrata do delito cometido (e-STJ fl. 39), argumento que, segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, não constitui, por si só, motivação idônea a ensejar a negativa de permuta.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO DA LEI N.º 10.409/2002. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE ALEGAÇÃO OPORTUNA. PRECLUSÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

3. A tão-só gravidade genérica do delito constitui fundamento insuficiente para negativa do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos.

4. Ordem concedida parcialmente, apenas para deferir a substituição

da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, na modalidade e condições a serem fixadas pelo Juízo da Vara das Execuções Penais. (HC n.º 75.210/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13-10-2009, DJe 14-12-2009) (grifos nossos)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (LEI DE TÓXICOS). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 44 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar o indeferimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos no art. 44 do CP. (Precedentes).

*III - Embora já esteja em vigor o dispositivo legal que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico (art. 44, **caput**, da Lei nº 11.343/2006), ele não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que se trata de **lex gravior**, incidindo, portanto, somente aos casos ocorridos após a sua vigência.*

Writ concedido. (HC 80.395/SP, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 08/10/2007.)

Desta forma, ausente qualquer empecilho legal para a substituição, merece essa questão ser analisada pelo Tribunal originário, que, prosseguindo no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento da apelação defensiva, deverá examinar o eventual preenchimento, pela paciente, das condições necessárias à concessão da referida substituição, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Diante do exposto, concede-se em parte a ordem, apenas para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, determinando-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro analise o eventual preenchimento, pela sentenciada, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0226965-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 192.843 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1339436220108190001 33392010

EM MESA

JULGADO: 16/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : NIELZA DA SILVA BARROS

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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.