



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 193.777 - RS (2011/0001643-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PACIENTE** : ELTON GRAIS

### EMENTA

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO JUSTIFICADA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.*

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante da parte final 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 nos delitos elencados na Lei de Drogas, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Não há ilegalidade na negativa de permuta da pena reclusiva por restritivas de direito quando não preenchido o requisito subjetivo, haja vista a gravidade concreta da conduta delituosa perpetrada, dada a elevada quantidade de droga apreendida, circunstância que demonstra que, na espécie, a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

3. Ordem denegada.

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

Brasília (DF), 09 de agosto de 2011. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**

**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 193.777 - RS (2011/0001643-4)

IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO  
SUL  
PACIENTE : ELTON GRAIS

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de ELTON GRAIS contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que deu provimento à Apelação Criminal n.º 70030321467, interposta pela *Parquet*, para, reformando a sentença absolutória, condenar o paciente à pena de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 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 deveria ser procedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP, ressaltando que o paciente é primário, possui bons antecedentes e que todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP lhe foram tidas como favoráveis.

Requeru, liminarmente, fossem sobrestados os efeitos do acórdão impugnado, até o julgamento final do presente *writ*. No mérito, pugna pela concessão da ordem, para que a reprimenda privativa de liberdade seja substituída por penas alternativas.

A liminar foi indeferida em decisão exarada pela Presidência deste Superior Tribunal.

Informações prestadas.

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

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 193.777 - RS (2011/0001643-4)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 4-1-2008, trazia consigo, para fins de difusão ilícita, 3 (três) tijolos da substância entorpecente conhecida como "maconha", pesando, aproximadamente, 500 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (e-STJ fl. 8).

O juiz singular julgou improcedente a incoativa, para absolver o paciente com fundamento no art. 368, inciso VII, do CPP, o que ensejou a interposição de apelação pelo Ministério Público Estadual, à qual foi dado provimento para condenar o paciente à pena de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pelo cometimento do delito previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

No que tange à pretendida substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, a Corte Estadual entendeu inviável proceder-se a permuta, pelos fundamentos a seguir aduzidos:

*Atenta à recente decisão do Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucional o artigo 44 da Lei de Drogas (HC n.º 97.256/RS), verifico que, mesmo diante da primariedade e da menoridade do acusado, **a grande quantidade de droga apreendida com o acusado constitui circunstância desfavorável**, que não autoriza a concessão da substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Somada às consequências também negativas, não atendem os requisitos do artigo 44 do Código Penal. Por conseguinte, deixo de conceder o benefício da substituição. (e-STJ fl. 150) (grifos nossos)*

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 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 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.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste Superior Tribunal:

*HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL DECLARADA EM PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*

*1. Não subsiste empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos condenados pelos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37 da Nova Lei de Drogas, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos termos do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 que vedam o benefício.*

*2. A substituição da pena privativa de liberdade é adequada à espécie, pois o Paciente é tecnicamente primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça.*

*3. Ordem concedida para assegurar ao Paciente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser implementada pelo Juízo das Execuções Penais. (HC n.º 162.965/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 15-3-2011, DJe 28-3-2011)*

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

E, na espécie dos autos, verifica-se que a Corte impetrada, embora ciente da declaração incidental de inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena em restritivas de direitos constante no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, entendeu que, *in casu*, seria inviável realizar a permuta em razão da gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela elevada quantidade de drogas apreendidas com o paciente - **500 gramas de maconha** -, o que evidencia que, *in casu*, a negativa de conversão da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanção reclusiva está devidamente justificada e, realmente, não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, nos termos do art. 44, inciso III, do CP, pelo que ausente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado da Sexta Turma deste Sodalício:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE NO CASO DOS AUTOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. FALTA DO REQUISITO SUBJETIVO. PRECEDENTES DO STJ E STF.*

*[...]*

*3. O STF entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.*

*[...]*

*5. Mesma sorte não lhe assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque a quantidade e espécie de droga apreendida não recomendam o benefício, nos termos do art. 44, III, do CP.*

*6. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. (HC n.º 200.682/DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 19-5-2011, DJe 15-6-2011)*

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0001643-4

**HC 193.777 / RS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120800008937      20800008937      70030321467

EM MESA

JULGADO: 09/08/2011

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PACIENTE : ELTON GRAIS

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

#### **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, denegou a ordem."

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