



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.603 - MG (2012/0014187-6)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : CLAUDIA MUZZI BRUNHARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WILLIAN ANDRÉ DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA 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 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 sanção corporal por medida restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. 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.

III. 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.

IV. 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.

V. 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 substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VI. 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.

VII. Ordem 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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 20 de março de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.603 - MG (2012/0014187-6)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WILLIAN ANDRÉ DA SILVA, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 1.0105.10.002374-3/001, reduzindo o decreto condenatório imposto ao paciente no primeiro grau de jurisdição para 01 ano e 08 meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional mais gravoso, além do pagamento de 166 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Na ocasião, entendeu-se que a substituição da reprimenda corporal por medidas restritivas de direitos seria incabível, pois expressamente vedada pelo art. 44 da Lei de Drogas, independente do *quantum* da sanção corporal aplicada e, por consequência, o regime prisional menos gravoso.

O julgamento colegiado restou assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - PRIMEIRO APELO - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA -- CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA ESCOLHA DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO - REDUÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO - IMPOSSIBILIDADE - EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL - SEGUNDO RECURSO - TENTATIVA DE ADQUIRIR DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO - MODALIDADE EM QUE NÃO CABE A TENTATIVA - CONDOTA NÃO TIPIFICADA - ATOS PREPARATÓRIOS - ABSOLVIÇÃO. RECURSO DO 1º APELANTE PROVIDO EM PARTE E RECURSO DA 2ª APELANTE PROVIDO, ESTENDIDOS OS EFEITOS DESTA DECISÃO AO CORRÉU NÃO APELANTE. 1. Estando a autoria e a materialidade devidamente comprovadas, a manutenção da condenação pelo tráfico de drogas é medida que se impõe, mormente se levarmos em conta a prova oral e as circunstâncias da apreensão da droga. 2. Na terceira fase de fixação da reprimenda, quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, deve o juiz fundamentar o "quantum" de redução das penas, sob pena de violar o art. 93, IX, da Constituição Federal. 3. Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a modificação do regime de cumprimento de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o delito de tráfico de drogas, nos termos do art. 44 da Lei 11.343/2006. 4. Não é cabível a forma tentada para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, razão pela qual a absolvição é medida que se impõe, ante a atipicidade da conduta." (fl. 18).

Daí este *writ*, no qual a Defensoria Pública alega haver constrangimento ilegal sob o argumento de que não haveria falar-se na vedação *in abstracto* na concessão dos benefícios negados pela instância ordinária, por evidente violação ao princípio constitucional da individualização da pena.

Requer a concessão da ordem, inclusive sob a forma de liminar, para o fim de reformar o acórdão recorrido e conceder o regime aberto de cumprimento da pena, a ser substituída por medidas restritivas de direitos ou deferido o *sursis* processual.

A medida de urgência foi indeferida à fl. 47.

As informações foram prestadas à fl. 56, acompanhadas dos documentos de fls. 57/71.

Encaminhados os autos à Subprocuradoria Geral da República, o *Parquet* manifestou-se às fls. 75/81 pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.603 - MG (2012/0014187-6)

VOTO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WILLIAN ANDRÉ DA SILVA, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 1.0105.10.002374-3/001, reduzindo o decreto condenatório imposto ao paciente no primeiro grau de jurisdição para 01 ano e 08 meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional mais gravoso, além do pagamento de 166 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Na ocasião, entendeu-se que a substituição da reprimenda corporal por medidas restritivas de direitos seria incabível, pois expressamente vedada pelo art. 44 da Lei de Drogas, independente do *quantum* da sanção corporal aplicada e, por consequência, o regime prisional menos gravoso.

O julgamento colegiado restou ementado à fl. 18.

Daí este *writ*, no qual a Defensoria Pública alega haver constrangimento ilegal sob o argumento de que não haveria falar-se na vedação *in abstracto* na concessão dos benefícios negados pela instância ordinária, por evidente violação ao princípio constitucional da individualização da pena.

Requer a concessão da ordem, inclusive sob a forma de liminar, para o fim de reformar o acórdão recorrido e conceder o regime aberto de cumprimento da pena, a ser substituída por medidas restritivas de direitos ou deferido o *sursis* processual.

Passo à análise da irresignação.

Inicialmente, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Por outro lado, em relação ao meio prisional menos gravoso, 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 regime 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“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 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 a ordem, nos termos da motivação acima deduzida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0014187-6

HC 231.603 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10105100023743 23743322010

EM MESA

JULGADO: 20/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: CLAUDIA MUZZI BRUNHARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: WILLIAN ANDRÉ DA SILVA (PRESO)

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 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.