



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.819 - MG (2009/0020751-1)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : GUILHERME TINTI DE PAIVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JOSÉ ANTÔNIO SILVA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR
 PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 12, *CAPUT*, C/C ART. 18, III, DA LEI 6.368/76). PENA: 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06, FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA, COM A CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR, E CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (*SURSIS*). MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL A *QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE DECORRENTE DA NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. ALEGAÇÃO DE DEPENDÊNCIA EM DESCOMPASSO COM O RESTANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESTEMUNHA QUE ALEGA TER COMPRADO A DROGA DO PACIENTE. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA QUE O JUIZ DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, AFASTANDO-SE A APLICAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA REFERIDA SUBSTITUIÇÃO, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. Os temas relativos à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, com a concessão da prisão domiciliar, e à concessão da suspensão condicional da pena não foram alvo de pronunciamento pelo Tribunal Mineiro, o que impede sua apreciação nesta Corte Superior, sob pena de inadmissível supressão de instância.

2. A aferição da conveniência da realização da perícia buscada cabe ao Juiz do feito, que, verificando eventual harmonia entre a afirmativa do réu de ser viciado no uso de substâncias entorpecentes e outros dados de convicção colhidos ao longo da instrução probatória, pode determinar seja ele submetido ao aludido exame, se tiverem surgido dúvidas quanto à capacidade de autodeterminação.

3. Recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

4. Não parece razoável que o condenado por tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

5. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição formam o conjunto da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da pena. Nesse contexto, não se vislumbra qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.

6. O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.

7. Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a substituição da pena, a ser fixada pelo Juiz da VEC.

8. *Habeas Corpus* parcialmente conhecido e, na extensão, ordem parcialmente concedida, 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, afastando-se a aplicação da norma proibitiva da referida substituição.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília/DF, 03 de maio de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.819 - MG (2009/0020751-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : GUILHERME TINTI DE PAIVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JOSÉ ANTÔNIO SILVA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

1. Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ ANTÔNIO SILVA DOS SANTOS, por meio da Defensoria Pública, como decorrência de acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, dando parcial provimento ao apelo defensivo, alterou o regime inicial de cumprimento da pena para o inicial fechado.

2. Ficou o *decisum* assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TÓXICO - PRELIMINAR - NULIDADE - INDEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE EXAME TOXICOLÓGICO - REJEIÇÃO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS - INADMISSIBILIDADE - REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO - INCONSTITUCIONALIDADE.

A não realização do exame de dependência toxicológica não enseja a nulidade do processo, se neste existem elementos que justifiquem a dispensa do referido exame.

Havendo provas da materialidade e da autoria do tráfico de drogas, não há falar-se em absolvição, nem mesmo em desclassificação para o delito de uso.

Restando a pena-base fixado no seu mínimo legal, não há como reduzir o quantum da reprimenda.

Impossível a concessão do benefício da substituição de pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos em se tratando de delito considerado hediondo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reconhecida a inconstitucionalidade, através do Habeas Corpus 82.959, do § 1o., artigo 2o., da Lei de Crimes Hediondos, deve o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade a ser fixado inicialmente fechado. Provimento parcial ao recurso que se impõe (fls. 291).

3. Depreende-se dos autos que o paciente foi inicialmente condenado a 4 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e multa, por infração ao art. 12, *caput*, c/c art. 18, III, da Lei 6.368/76

4. Repisa a impetração os argumentos apresentados perante o Tribunal *a quo*, isto é, nulidade do feito em decorrência da ausência do exame de dependência toxicológica do paciente, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, na proporção máxima de 2/3, fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, com a concessão da prisão domiciliar, e, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Subsidiariamente, pretende a impetração a concessão da suspensão condicional da pena, *sursis*.

5. Liminar indeferida (fls. 369); informações prestadas (fls. 397/404). Opina a ilustre Subprocuradora-Geral da República MARIA DAS MERCÊS DE C. GORDILHO ARAS pela concessão parcial da ordem, apenas para que seja reconhecido em prol do ora paciente, o direito, em tese, de ter sua pena privativa de liberdade substituída por sanção alternativa (fls. 405/422).

6. Era o que havia para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.819 - MG (2009/0020751-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : GUILHERME TINTI DE PAIVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JOSÉ ANTÔNIO SILVA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 12, CAPUT, C/C ART. 18, III, DA LEI 6.368/76). PENA: 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06, FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA, COM A CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR, E CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (SURSIS). MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE DECORRENTE DA NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. ALEGAÇÃO DE DEPENDÊNCIA EM DESCOMPASSO COM O RESTANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESTEMUNHA QUE ALEGA TER COMPRADO A DROGA DO PACIENTE. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA QUE O JUIZ DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, AFASTANDO-SE A APLICAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA REFERIDA SUBSTITUIÇÃO, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. Os temas relativos à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, com a concessão da prisão domiciliar, e à concessão da suspensão condicional da pena não foram alvo de pronunciamento pelo Tribunal Mineiro, o que impede sua apreciação nesta Corte Superior, sob pena de inadmissível supressão de instância.

2. A aferição da conveniência da realização da perícia buscada cabe ao Juiz do feito, que, verificando eventual harmonia entre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afirmativa do réu de ser viciado no uso de substâncias entorpecentes e outros dados de condenação colhidos ao longo da instrução probatória, pode determinar seja ele submetido ao aludido exame, se tiverem surgido dúvidas quanto à capacidade de autodeterminação.

3. *Recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.*

4. *Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.*

5. *O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição formam o conjunto da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da pena. Nesse contexto, não se vislumbra qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.*

6. *O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.*

7. *Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a substituição da pena, a ser fixada pelo Juiz da VEC.*

8. *Habeas Corpus parcialmente conhecido e, na extensão,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem parcialmente concedida, 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, afastando-se a aplicação da norma proibitiva da referida substituição.

1. Cumpre destacar, primeiramente, que os temas relativos à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, com a concessão da prisão domiciliar, e à concessão da suspensão condicional da pena não foram alvo de pronunciamento pelo Tribunal Mineiro, o que impede sua apreciação nesta Corte Superior, sob pena de inadmissível supressão de instância.

2. Quanto ao indeferimento do exame de dependência toxicológica, segue sem reparos o aresto combatido. Confira-se:

Nas razões de fls. 141/147, pleiteia-se em sede preliminar a nulidade do processo por cerceamento de defesa, em razão de não ter sido realizado o exame de dependência toxicológica.

A não realização do exame de dependência toxicológica não enseja a nulidade do processo, se neste existem elementos que justifiquem a dispensa do referido exame.

A determinação do exame é procedimento facultado ao Juiz, caso julgue necessário. A simples alegação de que o acusado é usuário de drogas não obriga ao Magistrado a acatar o pedido de realização do exame de dependência toxicológica, se este revela-se desnecessário e fora do contexto probatório, ainda que indiciário (fls. 292).

3. Outro não foi o entendimento do ilustre representante ministerial, *in ipsius verbis*:

Não merece acolhimento a pretensão de se achar o processo-crime eivado de nulidade absoluta.

A aferição da conveniência da realização da perícia buscada cabe ao Juiz do feito, que, verificando eventual harmonia entre a afirmativa do réu de ser viciado no uso de substâncias entorpecentes e outros dados de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convicção colhidos ao longo da instrução probatória, pode determinar seja ele submetido ao aludido exame, se tiverem surgido dúvidas quanto à capacidade de autodeterminação.

Extraí-se dos autos que a questão da suposta dependência química invocada foi devidamente apreciada pelo Julgador Singular, quando da análise da defesa preliminar, havendo os fundamentos, então, adotados sido retomados, na sentença condenatória, retificada, posteriormente, pela Corte de Justiça Mineira.

Cabe trazer à baila, por oportuno, trechos pinçados do decisum monocrático, que, adequadamente, conclui pela desnecessidade da realização do cita exame pericial (fls. 157/158):

Em que pese o respeito e a admiração que nutre este Juiz pelo D. Defensor Público, tenho que razões não lhe assiste, quando postulou o exame de dependência toxicológica para o acusado, pois não trouxe aos autos nenhum indício (receituário médico, consulta com psicólogo, internações em clínicas especializadas ou hospitais de toxicômanos), que pudesse levar este Juiz à dúvida de ser ele dependente ou não toxicológico.

Ademais, como bem enfatizou a Dra. Promotora de Justiça, foram as próprias testemunhas arroladas pela defesa do acusado, inclusive o padrão do mesmo, quem afirmou não ser ele usuário de drogas. De mais a mais, o acusado em seu interrogatório judicial, nesta audiência, disse a este Juiz que somente usava maconha, contudo, não usa mais há 03 meses, não se considerado viciado. Como se não bastasse, a droga que o acusado disse que usava é a Cannabis sativa Lineu, vulgarmente conhecida por maconha, a qual não causa dependência física. De mais a mais, a simples alegação de ser o réu viciado não conduz, necessariamente, à obrigatoriedade do exame de dependência toxicológica, quando ele, na audiência, tenha demonstrado em seu interrogatório judicial plena capacidade de raciocínio e boa memória auditiva, respondendo todas as perguntas dentro da maior normalidade, não deixando qualquer suspeita sobre sua capacidade de compreensão da ilicitude do fato e da autodeterminação.

(...)

Com esses fundamentos, indefiro o exame de dependência toxicológica, postulado pela D. Defesa (fls. 411/413).

4. Reconheço o entendimento do colendo STF de ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); no entanto, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

5. Entendo não ser razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

6. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição *formam o conjunto* da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da sanção. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.

7. O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade na aplicação da pena, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.

8. Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a substituição da pena, a ser fixada pelo Juiz da VEC.

9. Ante o exposto, conhece-se parcialmente do *Habeas Corpus* e, nessa extensão, concede-se parcialmente a ordem, com a ressalva do ponto de vista



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastando-se a aplicação da norma proibitiva da referida substituição.

10. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0020751-1 **PROCESSO ELETRÔNICO HC 127.819 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024044552735 24044552735

EM MESA

JULGADO: 03/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: GUILHERME TINTI DE PAIVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: JOSÉ ANTÔNIO SILVA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO	: PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.