



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.260 - RS (2012/0011411-1)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO PUPERI
ADVOGADO : LUIZ GUSTAVO PUPERI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : GILMAR JOSÉ DE VARGAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS COM O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. 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. SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DA EXECUÇÃO DE PARTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE DA PERMUTA. BENEFÍCIO NEGADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. SUBSTITUIÇÃO PROCEDIDA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, 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, e a suspensão da execução, pelo Senado Federal, de parte do art. 33, § 4º, da citada lei, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Encontrando-se a negativa de permuta fundada na gravidade em abstrato do delito de tráfico de entorpecentes, bem como na natureza e na diversidade de drogas apreendidas - *crack* e cocaína - que, apesar de realmente apresentarem alto grau de nocividade, foram encontradas em pequena quantidade, **11 pedras de crack, cada uma com 2,6 gramas e 2 buchas de cocaína, pesando 1,7 gramas cada**, e ausente qualquer outro empecilho legal para a substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, evidente a ilegalidade do aresto no ponto em que negou o benefício.

3. Estabelecida a pena em patamar inferior a quatro anos de reclusão, a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a reduzida quantidade de entorpecente apreendido demonstram que a permuta é suficiente para a prevenção e repressão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta incriminada.

4. Ordem concedida para, afastando a vedação legal à permuta, substituir a reprimenda reclusiva imposta ao paciente por duas restritivas de direito, nos moldes estabelecidos no acórdão, determinando-se, por fim, a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, 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), 19 de junho de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.260 - RS (2012/0011411-1)

IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO PUPERI
ADVOGADO : LUIZ GUSTAVO PUPERI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL
PACIENTE : GILMAR JOSÉ DE VARGAS (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de GILMAR JOSÉ DE VARGAS, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, no julgamento da Apelação nº 70044309508, deu parcial provimento ao recurso, apenas para redimensionar a pena do paciente para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não estaria de acordo com o atual posicionamento jurisprudencial adotado por esta Corte Superior e pelo STF, o qual, inclusive, teria declarado a inconstitucionalidade do dispositivo legal que vedava a concessão da referida benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas.

Reclama que a natureza do entorpecente trata-se de fator que deve ser analisado na primeira fase da dosimetria e com preponderância em relação às demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal, assim, verificando-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, não poderia servir como argumento para justificar o indeferimento da permuta.

Acrescenta que *"a pequena quantidade de entorpecentes apreendido demonstra a eventualidade do delito, sendo possível reconhecer ao Paciente o direito de ter a pena restritiva de liberdade substituída por outra, restritiva de direitos, na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça"* (fls. 7).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requeru, liminarmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou alternativamente, a suspensão da execução da pena irrogada ao paciente, até o julgamento final deste *writ*. No mérito, pugna pela concessão definitiva da permuta de reprimendas.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.260 - RS (2012/0011411-1)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado em primeira instância à sanção de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pelo delito previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porque no dia 5-11-2010, por volta das 21h, foi flagrado mantendo em depósito, entregando a consumo e vendendo a quantidade de "11 (onze) pedras de crack de 2,6g cada e 2 (duas) bucinhas de cocaína de 1,70g cada" (fls. 11).

Inconformada, a defesa apelou perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu parcial provimento ao recurso, apenas para alterar a fração de redução da pena pelo previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de 1/6 (um sexto) para 1/4 (um quarto), redimensionando a pena do paciente para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mais 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

No tocante a substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, verifica-se que a Corte impetrada, apesar de haver reduzido a pena aplicada, houve por bem negar a referida benesse, sob os seguintes fundamentos:

No que respeita à substituição da punição carcerária por restrições de direitos, em que pese o julgamento do habeas-corpus n.º 97256 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual o Pretório Excelso afastou o óbice à conversão da pena prisional por restrições de direitos, previsto no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, possuo o entendimento de que a permuta, que pretende beneficiar o agente condenado por crimes de menor gravidade, não se mostra socialmente recomendável para o delito de tráfico de drogas, já que o tal injusto é de intensa reprovabilidade, uma vez que nocivo à saúde pública e propulsor de outras atividades delitivas, merecendo repreensão mais severa. Ademais, utilizo, para tal, o fundamento de qualidade extremamente danosa e diversidade das drogas angariadas. (fls. 439/440)

É certo que esta Quinta Turma adotou o entendimento de que não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplica ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/06, 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, observa-se que, 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, de relatoria do Ministro Ayres Britto.

Aliás, o Senado Federal, através da Resolução n. 5, de 15-2-2012, suspendeu a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/-6, dada a declaração de inconstitucionalidade aludida, dando cumprimento ao previsto no art. 52, X, da CF/88.

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, e observada a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de parte do art. 33, § 4º, da Lei citada, por força do art. 52, X, da CF/88, afigura-se possível, em 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.

Sendo assim, e constatando-se que as instâncias ordinárias deixaram de proceder a substituição em virtude de argumento baseado na gravidade abstrata do crime cometido pelo paciente, argumento inidôneo para, por si só, justificar a negativa, consoante precedentes deste Superior Tribunal, bem como em razão da "*qualidade extremamente danosa e diversidade das drogas angariadas*" (fls. 440), as quais, apesar de realmente apresentarem grau de nocividade elevado, foram apreendidas em pequena quantidade, e verificando-se que as circunstâncias judiciais foram julgadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todas favoráveis ao agente, merece ser cassado o aresto impugnado no ponto em que negou a substituição da pena corporal por medidas alternativas.

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 - grifamos)

Assim, preenchendo o paciente os pressupostos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do Código Penal, e por se entender que a medida é suficiente para a prevenção e repressão do crime em que findou condenado, especialmente em se considerando a reduzida quantidade de drogas apreendidas em seu poder - **11 pedras de crack, cada uma com 2,6 gramas e 2 buchas de cocaína, pesando 1,7 gramas cada** -, além de ser socialmente recomendável, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, ambas por igual período da pena reclusiva irrogada, a serem designadas pelo Juízo de Execução.

Ante o exposto, concede-se a ordem para, afastando a vedação legal à permuta, substituir a reprimenda reclusiva imposta ao paciente por duas restritivas de direito, nos moldes acima estabelecidos, determinando-se, por fim, a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0011411-1

HC 231.260 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15521000016809 70041942368 70044309508

EM MESA

JULGADO: 19/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. .

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO PUPERI
ADVOGADO : LUIZ GUSTAVO PUPERI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : GILMAR JOSÉ DE VARGAS (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 Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.