



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.710 - DF (2012/0015441-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : PATRICIA ANDRADE BARRETO BRANDÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : PHELLIPE HERNESTO DIOMIAR

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO COM A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. 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. 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 NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. PERMUTA SUFICIENTE PARA A REPRESSÃO E PREVENÇÃO DA CONDUTA INCRIMINADA. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. BENESSE CONCEDIDA.

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, 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, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Encontrando-se a negativa de permuta fundada em elementos inerentes ao tipo penal em questão, bem como na natureza e no montante da droga apreendida - *crack* - que apesar de realmente apresentar maior grau de nocividade, foi encontrada em pequena quantidade, **pouco mais de 18 gramas da substância, dividida em 6 porções**, 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. Circunstâncias judiciais favoráveis e reduzida quantidade de entorpecente apreendido que demonstram que a permuta é suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada. PENA DE MULTA. AUSÊNCIA DE REDUÇÃO POR FORÇA DO PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MITIGAÇÃO DEVIDA. PECUNIÁRIA REDIMENSIONADA.

1. Sobre a pena pecuniária prevista no preceito secundário do tipo deve incidir a diminuição decorrente do reconhecimento da causa de especial redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração estabelecida na sentença e preservada pela Corte originária - 2/3 (dois terços).
2. Não realizada a operação de redução, mostra-se flagrante o constrangimento ilegal sofrido pelo condenado, que merece sanado de ofício através da via eleita, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.
3. Ordem concedida para, afastando a vedação legal à permuta, substituir a reprimenda reclusiva imposta ao condenado por duas restritivas de direito, a serem designadas pelo Juízo da Execução, concedendo-se ainda *habeas corpus* de ofício para reduzir a pena pecuniária para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, determinando-se, por fim, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, 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, deferir o pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, 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 231.710 - DF (2012/0015441-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : PATRICIA ANDRADE BARRETO BRANDÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : PHELLIPE HERNESTO DIOMIAR

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de PHELLIPE HERNESTO DIOMIAR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que deu provimento ao Agravo em Execução nº 2011.00.2.014982-6, interposto pelo Ministério Público, a fim de reformar a decisão do Juízo das Execuções Penais, revogando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos autos da ação penal em que o paciente restou condenado à sanção de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o benefício da substituição de penas não poderia ter sido revogado pela Corte Estadual, tendo em vista que o paciente preencheria todos os requisitos do art. 44 do Código Penal, possuindo direito subjetivo à referida benesse.

Acrescenta que o Supremo Tribunal Federal, no seu informativo 597, teria declarado a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o qual vedava a fixação de penas alternativas para condenados por delito de tráfico de drogas.

Reclama que a "*quantidade de droga e a apreensão de uma balança de precisão se prestam para caracterizar o crime de tráfico, de sorte que considerar tais circunstâncias para impedir a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos seria incorrer em inaceitável bis in idem*" (fls. 8).

Requer a concessão da ordem, para que seja restabelecida a decisão do Juízo da Execução que deferiu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.710 - DF (2012/0015441-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º da Lei n.º 11.343/06, porque no dia 12-2-2010, *"tinha em depósito, para fins de difusão ilícita, 06 (seis) porções de crack, com massa bruta de 18,52g (dezoito gramas e cinquenta e dois centigramas)"* (fls. 32).

Inconformado, o Ministério Público do Distrito Federal interpôs agravo em execução perante o Tribunal impetrado, que deu provimento ao recurso para, reformando a decisão do Juízo das Execuções Penais, indeferir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No tocante à substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, verifica-se que a Corte de origem revogou o benefício, pelos seguintes motivos:

A substituição da pena corporal no crime de tráfico tornou-se possível com a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06. Mas a concessão da benesse depende da análise do caso concreto. Além dos requisitos do artigo 44 do Código Penal, devem-se avaliar as circunstâncias em que o crime foi cometido.

[...]

No caso, a quantidade e natureza da substância apreendida - 18,52g [...] - é significativa, levado em conta as circunstâncias da prisão. PHELLIPE, ao perceber a chegada dos policiais, dispensou a droga no vaso sanitário e deu descarga para a rede de esgoto. Ressalta-se o fato de ter sido encontrada balança de precisão e R\$ 40,00 (quarenta reais) obtidos com a venda do entorpecente. (fls. 95/96)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 deste ano, 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, constatando-se que as instâncias ordinárias deixaram de proceder a substituição em virtude de argumentos baseados em circunstâncias inerentes ao tipo penal em questão, bem como no montante e natureza da droga apreendida com o paciente - *crack* - que, apesar de realmente apresentar grau maior de nocividade, foi encontrada em pequena quantidade, **6 porções, com peso total de apenas 18,52 gramas**, e, evidenciando-se que as circunstâncias judiciais foram julgadas todas favoráveis ao agente, merece ser cassado o aresto impugnado no ponto em que manteve o indeferimento da substituição da pena corporal imposta ao paciente por restritiva de direitos.

Assim, preenchendo o paciente os pressupostos objetivos e subjetivos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 droga apreendida em poder do paciente - 18,52 gramas de *crack*, distribuídos em 6 (seis) porções -, além de socialmente recomendável, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, por igual período da pena reclusiva irrogada, a serem designadas pelo Juízo da Execução.

Por fim, verifica-se presente constrangimento ilegal que merece sanado de ofício através da via eleita, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, pois sobre a pena pecuniária, fixada em 500 (quinhentos) dias-multa, deve incidir a diminuição decorrente do reconhecimento da causa de especial redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração estabelecida na sentença e preservada pela Corte originária - 2/3 (dois terços) (fls. 42), motivo pelo qual diminui-se-a para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, que nestes moldes resta definitiva, ante a ausência de outras causas modificativas.

Ante o exposto, **concede-se a ordem** para, afastando a vedação legal à permuta, substituir a reprimenda reclusiva imposta ao condenado por duas restritivas de direito, a serem designadas pelo Juízo da Execução, **concedendo-se ainda *habeas corpus de ofício*** para reduzir a pena pecuniária para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, determinando-se, por fim, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0015441-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 231.710 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 192141420108070015 20100110167285 20110020149826

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : PATRICIA ANDRADE BARRETO BRANDÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : PHELLIPE HERNESTO DIOMIAR

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, deferiu o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, 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.