



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 160.761 - SP (2010/0015812-8)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : **MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDERSON SILVA MESSIAS**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRETENSÃO A REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.
2. É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, o paciente não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente a não ser reincidente. Precedentes do STJ.
3. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959/SP, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos e equiparados.
4. Tendo o fato delituoso que culminou na condenação da paciente sido praticado na vigência da Lei 11.464/07, impõe-se que o início do cumprimento da pena seja no regime fechado.
5. Ordem denegada.

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, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.
Brasília (DF), 22 de junho de 2010(Data do Julgamento).

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 160.761 - SP (2010/0015812-8)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : **MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDERSON SILVA MESSIAS**

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ANDERSON SILVA MESSIAS, preso em flagrante em 4/10/07, condenado em primeira instância à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado, além do pagamento de 580 dias-multa, por trazer consigo, próximo à estabelecimento de ensino, 6 cápsulas plásticas de cocaína, pesando, no total, 4,7g, sem autorização ou em desacordo com determinação legal (art. 33, *caput*, c.c. 40, III, ambos da Lei 11.343/06).

Insurge-se a impetrante contra acórdão da Oitava Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso defensivo (Apelação Criminal 990.08.066362-3, fls. 23/28), em que pretendia a absolvição do paciente, por insuficiência probatória, ou a desclassificação do delito para o descrito no art. 28 da Lei de tóxicos, bem como o afastamento da causa de aumento constante do art. 40, III, da referida lei.

Sustenta que o paciente preenche os requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Ressalta que a fixação do regime fechado fere o princípio da individualização da pena e afronta o disposto nas Súmulas 718 e 719, ambas do STF.

Requer, a concessão da ordem a fim de ser aplicado o benefício legal, bem como seja fixado regime prisional diverso do fechado.

O pedido de liminar foi por mim indeferido (fl. 34) e prestadas informações às fls. 42/54.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República WAGNER NATAL BATISTA, opinou pela denegação da ordem (fls. 58/60).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 160.761 - SP (2010/0015812-8)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRETENSÃO A REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.
2. É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, o paciente não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente a não ser reincidente. Precedentes do STJ.
3. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959/SP, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos e equiparados.
4. Tendo o fato delituoso que culminou na condenação da paciente sido praticado na vigência da Lei 11.464/07, impõe-se que o início do cumprimento da pena seja no regime fechado.
5. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Como relatado, pretende a impetrante a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como a fixação de regime inicial menos gravoso.

Sobre essa questão, colhe-se do *decisum* do Juízo *a quo* (fl. 12):

Passo a dosar a pena.

Fixo a pena-base no mínimo legal de 5 anos de reclusão.

Aumento-a, em razão da reincidência (fls. 66), chegando a 5 anos e 10 meses de reclusão.

Presente a atenuante da menoridade relativa, torno-a ao mínimo legal de 5 anos de reclusão.

Em razão da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso II, da Lei 11.343/06, aumento-a de um sexto, chegando à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão.

Não faz jus à diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, já que é reincidente. Torno-a, pois, definitiva.

O regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado, a teor do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acórdão impugnado confirmou a sentença condenatória nos seguintes termos (fls. 27/28):

A pena imposta não comporta reparos: base fixada no mínimo legal, compensada a agravante da reincidência (fls. 66) com a atenuante da menoridade relativa (fls. 15 e 18), e, em seguida, elevada em 1/6, pela causa especial de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06. A pena pecuniária foi calculada a menor, sem que houvesse recurso ministerial (o correto seria 583 dias-multa).

Observo que, por ser reincidente, o apelante não faz jus à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Por fim, o regime prisional inicial fixado é o legal (Lei 11.464/07).

Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Confira-se o texto legal:

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. (original sem grifo)

.....
§ 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 organização criminosa. (original sem grifo)

Como bem salientou o Tribunal de origem, é inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que o paciente não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente a não ser reincidente.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA CONCRETIZADA EM 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. ACÓRDÃO QUE RECONHECE A REINCIDÊNCIA DO PACIENTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06 PARA A DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A AÇÃO MANDAMENTAL. PRECEDENTES DO STJ. PARECER MINISTERIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Para fins de obtenção da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, exige-se que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em penas restritivas de direito.

2. Na hipótese dos autos, a sentença e o egrégio Tribunal a quo reconheceram que o paciente é reincidente, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06.

3. A pretensão de afastamento da reincidência do paciente, dada as condições deficitárias em que se encontra a instrução do writ, demandaria revolvimento de aspectos fático-probatórios, providência inadmissível na ação de Habeas Corpus. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 135.880/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJe 13/10/09)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS SEUS REQUISITOS. ORDEM CONHECIDA PARCIALMENTE E DENEGADA.

1 - O pedido de absolvição das pacientes demanda o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

2 - Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, na forma do art. 59 do Código Penal, notadamente o fato de as pacientes se utilizarem do tráfico de drogas como meio de vida, inclusive associando-se para tal fim há mais de três anos e, ainda, envolvendo menores de idade para a entrega da droga aos usuários, sendo destacado em relação à Marilda Machado da Silva, ademais, a circunstância dela comandar a organização criminosa, inexistente constrangimento ilegal.

3 - Não fazem jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, os condenados por tráfico de drogas que integram organização criminosa, circunstância motivadamente reconhecida pelo Tribunal de origem.

4 - Ordem conhecida em parte e denegada. (HC 91.840/SC, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, DJ de 15/9/08)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NÃO-COMPROVAÇÃO DA PRIMARIEDADE E DOS BONS ANTECEDENTES. ÔNUS QUE COMPETIA À DEFESA. ORDEM DENEGADA.

1. O Tribunal de origem motivou adequadamente a inaplicabilidade do art. 33, § 4º, da Lei 11.346/06, diante da não-comprovação da primariedade e dos bons antecedentes do réu, cujo ônus probatório caberia à defesa.

2. Ordem denegada. (HC 105.789/MS, de minha relatoria, Quinta Turma, DJ de 20/10/08)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à fixação do regime prisional, sem razão a impetrante.

Isso porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06, no julgamento do HC 82.959/SP, declarou a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que preconizava o cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos em regime integralmente fechado.

Eis a ementa desse julgado, *litteris*:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 1º/9/06)

Sabe-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que envolvem controle incidental de constitucionalidade de ato normativo têm seus efeitos limitados às partes que figuram na relação processual em exame, não alcançando terceiros.

Entretanto, essas decisões, quando, necessariamente, implicam juízo sobre a validade da norma legal aplicada ao caso concreto, acabam por alcançar outras situações jurídicas semelhantes, por força dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, com inevitável extensão dos seus efeitos, uma vez que, declarada a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, indiscutível é o reconhecimento de sua inaptidão para incidência em qualquer situação, inclusive passada.

Dessa forma, não obstante ter sido a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 incidental e com efeito *ex nunc*, incompreensível seria a aplicação do aludido ato normativo em outras causas envolvendo crimes hediondos, após ter sido considerado pelo Supremo Tribunal Federal como violador de princípios inscritos na Constituição Federal.

Do exposto, conclui-se que a decisão proferida pela Suprema Corte, nos autos do HC 82.959/SP, possibilitou a execução da sentença penal condenatória por crimes hediondos pelos outros regimes prisionais previstos no ordenamento jurídico para a pena de reclusão, previstos no art. 33 do Código Penal (fechado, semiaberto e aberto), bem como a progressão para o sistema mais brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP.

Assim, em se tratando de crimes hediondos, para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada, faz-se necessário que a pena-base seja fixada acima do mínimo legal, por meio de motivação idônea, com demonstração concreta das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que, necessariamente, devem ser desfavoráveis ao réu, para a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

Sobre a matéria já decidiu esta Corte:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES... DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA SEGUNDO O ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 269/STJ. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMI-ABERTO DE CUMPRIMENTO DA PENA.

.....
.....
3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/2006 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos.

.....
(HC 48.697/GO, de minha relatoria, Quinta Turma, DJ de 12/3/07)

Esse entendimento, todavia, só tem aplicação aos delitos cometidos anteriormente à vigência da Lei 11.464, de 28/3/07, haja vista que esse diploma legal preconizou que nos crimes hediondos a pena deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado.

Dessa forma, considerando que, na espécie, a traficância ocorreu após a citada alteração legislativa, sua aplicação, ao caso concreto, se mostra apropriada. Nesse sentido: HC 66.604/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJ de 10/9/07; HC 84.793/MS, Rel. Min. JANE SILVA, Desembargadora Convocada, Quinta Turma, DJ de 17/9/07.

Dessa forma, deve subsistir o entendimento firmado nas instâncias ordinárias, por se encontrar em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0015812-8

HC 160.761 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11112007 14072007 50070773890 990080663623

EM MESA

JULGADO: 22/06/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON SILVA MESSIAS

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 22 de junho de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário