



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.524 - SP (2010/0046190-0)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FABRÍCIO BUENA VIANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DJALMA DE ASSIS

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E ASSIM CONCRETIZADA: 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. ACÓRDÃO QUE RECONHECE O ENVOLVIMENTO DO RÉU COM A CRIMINALIDADE ORGANIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO REQUISITO SUBJETIVO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (8 PORÇÕES DE COCAÍNA, TOTALIZANDO 4,1 GRAMAS, E UMA PORÇÃO MAIOR DA MESMA DROGA, PESANDO 17,7 GRAMAS). REGIME PRISIONAL. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2o. DO CPB. PRECEDENTES. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA.

1. A aplicação do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 não se afigura possível, já que o acórdão recorrido admitiu o envolvimento do paciente com a criminalidade organizada, notadamente em vista da quantidade e da qualidade do entorpecente apreendido (8 papelotes de cocaína, no total de 4,1 gramas, e uma porção de cocaína, no total de 17,7 gramas), o que impede a concessão da redução de pena. Ademais, conclusão diversa demandaria profunda incursão em matéria fático-probatória, o que é vedado nesta sede. Precedentes.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para condenado por crime de narcotraficância, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente.

3. Ademais, o envolvimento do paciente com a criminalidade organizada, bem como a quantidade e a natureza da droga apreendida (8 porções de cocaína, totalizando 4,1 gramas, e uma porção maior da mesma droga, pesando 17,7 gramas) revelam o não preenchimento do requisito subjetivo previsto no art. 44, III do CPB.

4. Este Superior Tribunal de Justiça acolhe o entendimento de que, após a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2o., § 1o. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime prisional, nesses casos, à falta de dispositivo legal normativo próprio, deve ser feita à luz do que determina o art. 33 do CPB; assim, considerando a pena aplicada (3 anos e 20 dias de reclusão), não havendo notícia de reincidência e fixada a pena-base próxima do mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, impõe-se a determinação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, em observância ao disposto no art. 33, § 2o., c do CPB.

5. Parecer do MPF pela concessão parcial do *writ*, para fixação do regime aberto e substituição por pena restritiva de direitos.

6. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 17 de junho de 2010 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.524 - SP (2010/0046190-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FABRÍCIO BUENA VIANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DJALMA DE ASSIS

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de DJALMA DE ASSIS, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento à Apelação ministerial e julgou prejudicado o recurso da defesa, condenando o paciente por infração à norma do art. 12, *caput* da Lei 6.368/76, à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 50 dias-multa.

2. No presente *writ*, pretende o impetrante a aplicação, em seu grau máximo, da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, alegando, para tanto, que o paciente é primário, sem antecedentes e que não há indícios de que se dedique ao crime ou integre organização criminosa. Requer, outrossim, a fixação do regime aberto e a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

3. Indeferida a liminar (fls. 63) e dispensadas as informações, o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República MOACIR MENDES SOUSA, manifestou-se pela concessão parcial da ordem (fls. 70/76).

4. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.524 - SP (2010/0046190-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FABRÍCIO BUENA VIANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DJALMA DE ASSIS

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E ASSIM CONCRETIZADA: 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. ACÓRDÃO QUE RECONHECE O ENVOLVIMENTO DO RÉU COM A CRIMINALIDADE ORGANIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO REQUISITO SUBJETIVO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (8 PORÇÕES DE COCAÍNA, TOTALIZANDO 4,1 GRAMAS, E UMA PORÇÃO MAIOR DA MESMA DROGA, PESANDO 17,7 GRAMAS). REGIME PRISIONAL. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2º. DO CPB. PRECEDENTES. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA.

1. *A aplicação do art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06 não se afigura possível, já que o acórdão recorrido admitiu o envolvimento do paciente com a criminalidade organizada, notadamente em vista da quantidade e da qualidade do entorpecente apreendido (8 papelotes de cocaína, no total de 4,1 gramas, e uma porção de cocaína, no total de 17,7 gramas), o que impede a concessão da redução de pena. Ademais, conclusão diversa demandaria profunda incursão em matéria fático-probatória, o que é vedado nesta sede. Precedentes.*

2. *A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para condenado por crime de narcotraficância, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente.*

3. *Ademais, o envolvimento do paciente com a criminalidade organizada, bem como a quantidade e a natureza da droga apreendida (8 porções de cocaína, totalizando 4,1 gramas, e uma porção maior da mesma droga, pesando 17,7 gramas) revelam o não preenchimento do requisito*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivo previsto no art. 44, III do CPB.

4. *Este Superior Tribunal de Justiça acolhe o entendimento de que, após a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 20., § 1o. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime prisional, nesses casos, à falta de dispositivo legal normativo próprio, deve ser feita à luz do que determina o art. 33 do CPB; assim, considerando a pena aplicada (3 anos e 20 dias de reclusão), não havendo notícia de reincidência e fixada a pena-base próxima do mínimo legal, impõe-se a determinação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, em observância ao disposto no art. 33, § 2o., c do CPB.*

5. *Parecer do MPF pela concessão parcial do writ, para fixação do regime aberto e substituição por pena restritiva de direitos.*

6. *Ordem parcialmente concedida, apenas para fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.*

1. *Discute-se a possibilidade de aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, bem como de fixação do regime aberto e de substituição por restritiva de direitos.*

2. *O acórdão recorrido restou assim fundamentado:*

É certo que o acusado ostenta envolvimento criminal anterior (fls. 203/204).

No entanto, conforme certidão de fls. 205, foi julgada extinta a sua punibilidade em razão da prescrição.

Nada há, portanto, a justificar a majoração das penas-base, que são fixadas e mantidas nos patamares mínimos, ou seja, 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa.

Inaplicável na espécie o § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, dadas as especificidades do caso em tela, em particular, a quantidade e a forma de embalagem do entorpecente apreendido, assim como o que mais foi apreendido, circunstância sugestiva de importante envolvimento com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminalidade organizada relativa ao comércio clandestino de entorpecentes.

Pr derradeiro, quanto ao regime prisional a ser observado para o início da execução da pena privativa de liberdade, será o fechado, em conformidade com o § 1o. do art. 2o. da Lei 8.072/90 (fls. 51/52).

3. Como se pode notar, a aplicação do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 não se afigura possível, já que o acórdão recorrido admitiu o envolvimento do paciente com a criminalidade organizada, notadamente em vista da quantidade e da qualidade do entorpecente apreendido (8 papelotes de cocaína, no total de 4,1 gramas, e uma porção de cocaína, no total de 17,7 gramas), o que impede a concessão da redução de pena. Ademais, conclusão diversa demandaria profunda incursão em matéria fático-probatória, o que é vedado nesta sede. Não é outra a jurisprudência deste Superior Tribunal:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. EXCESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE E DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. *Inocorre constrangimento ilegal quando a Corte originária entende que o agente não satisfaz as exigências para a aplicação da nova causa de especial redução de pena disposta no art. 33, § 4o., da Lei n. 11.343/06, diante da expressiva quantidade de droga apreendida em seu poder e por entender que se dedicava à atividades criminosas.*

2. *Para concluir-se que o condenado não se dedicava à atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.*

(...)

3. *Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada (HC 101.476/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 25.05.09).*

✧ ✧ ✧



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4o., DA LEI 11.313/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. *Segundo o § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

2. *É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que, comprovadamente, faz parte de organização criminosa, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.*

3. *Ordem denegada (HC 148.331/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 05.04.10).*

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por sua vez, exige a presença dos requisitos objetivo (pena aplicada igual ou inferior a quatro anos para o condenado não reincidente) e subjetivo (circunstâncias judiciais favoráveis), nos termos do art. 44 do CPB.

5. Tenho assinalado que, para o condenado por crime de tráfico ilícito de drogas, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente, ferindo o princípio da proporcionalidade, por colocar sob efeito de norma mais benéfica delito hediondo, além de minimizar a função reprovadora da sanção penal.

6. Confira-se o seguinte precedente:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA.

(...)

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, pois não atendido o requisito subjetivo constante do art. 44, inciso III, do Código Penal.

4. Ordem denegada (HC 50.164/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 27.11.06).

7. Ademais, o envolvimento do paciente com a criminalidade organizada, bem como a quantidade e a natureza da droga apreendida (8 porções de cocaína, totalizando 4,1 gramas, e uma porção maior da mesma droga, pesando 17,7 gramas), tal como reconhecido no acórdão obargado, revelam o não preenchimento do requisito subjetivo previsto no art. 44, III do CPB.

8. Diga-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal reafirmou, recentemente, a impossibilidade de substituição em casos como este, onde não se encontra presente o requisito subjetivo (Informativo 552):

A Turma indeferiu habeas corpus em que condenado por tráfico de drogas (Lei 6.368/76, art. 12, caput) pleiteava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como o cumprimento da pena em regime aberto. Entendeu-se que a norma contida no art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, ao expressamente estabelecer a proibição da conversão almejada, apenas explicitou regra que era implícita no sistema jurídico brasileiro quanto à incompatibilidade do regime legal de tratamento em matéria de crimes hediondos e a eles equiparados com o regime pertinente aos outros delitos. Salientou-se que a Lei 9.714/98 modificou a redação do aludido art. 44 do CP – e assim ampliou os casos de substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos – mas não incidiu no âmbito do tratamento legislativo referente aos crimes hediondos e a eles assemelhados, inclusive em virtude da redação original contida no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 2o., § 1o., da Lei 8.072/90, que contemplava o regime integralmente fechado para o cumprimento da reprimenda corporal. Desse modo, considerou-se não haver aplicação retroativa da regra contida no art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, à espécie, uma vez que o sistema jurídico anterior ao seu advento já não permitia a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito em relação aos delitos hediondos e equiparados. Concluiu-se pela impossibilidade dessa substituição, mesmo no período anterior à edição da Lei 11.343/2006. Mencionou-se que, ainda que se admitisse a referida conversão nos crimes de tráfico de entorpecentes praticados na vigência da Lei 6.368/76, na situação dos autos estaria ausente o requisito subjetivo (CP, art. 44, III), haja vista serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais do paciente, conforme afirmado pelas demais instâncias. Diante disso, reputou-se incabível também o acolhimento da fixação do regime aberto para o cumprimento da pena. HC 97843/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 23.6.2009. (HC-97843).

9. No que diz respeito ao regime prisional eleito para o início do cumprimento da reprimenda, cumpre esclarecer que os fatos que ensejaram a propositura da Ação Penal ocorreram antes da vigência da Lei 11.464/07. Nestes casos, este Superior Tribunal de Justiça acolhe o entendimento de que, após a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2o., § 1o. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime prisional, nesses casos, à falta de dispositivo legal normativo próprio, deve ser feita à luz do que determina o art. 33 do CPB. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 1/3. ART. 33, § 4o., DA LEI 11.313/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2o., ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.464/07. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O juiz, no exercício de suas funções judicantes, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado, deve fundamentar a não-aplicação do percentual de 2/3 de redução, sob pena de violação ao art. 93, IX, da CF/88, uma vez que é direito subjetivo do réu a redução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, desde que preenchidos os requisitos previstos no referido parágrafo.

2. *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.*

3. *No caso em exame, verifica-se que o fato delituoso que culminou na condenação do paciente é anterior à Lei 11.464/07. Portanto, em observância ao princípio da irretroatividade in pejus, a aplicação de lei penal posterior só deve ocorrer quando for em benefício do réu.*

4. *Nos termos do art. 33, § 2o., letra c, do Código Penal, o condenado não-reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

5. *Tendo o crime sido praticado em 18.10.06, na vigência da Lei 11.343/06, o art. 44 da referida norma veda expressamente o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.*

6. *Ordem parcialmente concedida para fixar a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime aberto, e 195 dias-multa (HC 111.434/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJU 03.11.2008).*

10. *In casu, o envolvimento do paciente com a criminalidade organizada, bem como a quantidade e a natureza da droga apreendida, igualmente, indicam como adequado o regime inicial semiaberto.*

11. *Ante o exposto, concede-se parcialmente e ordem, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.*

12. *É o voto.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0046190-0

HC 165.524 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 17772006 50060825537 990090073217

EM MESA

JULGADO: 17/06/2010

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FABRÍCIO BUENA VIANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DJALMA DE ASSIS

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de junho de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário