



**RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE : DIEGO GERÔNIMO HIPÓLITO AUGUSTO**  
**ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**PACIENTE : DIEGO GERÔNIMO HIPÓLITO AUGUSTO**

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIMINUIÇÃO DE 1/2 (METADE). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 93, IX, DA CF. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO NO MÁXIMO QUE SE MOSTRA DEVIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Embora tenham sido apreendidas dois tipos de substâncias entorpecentes, e não obstante a nocividade de uma delas seja maior do que a de outras drogas, de rigor a aplicação da maior fração legalmente prevista, quando a pena-base restou fixada no mínimo legal e a Corte Estadual não apontou qualquer fundamento concreto que justificasse a redução a menor, em violação ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF).

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. POSSIBILIDADE DA PERMUTA.

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, 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. *Habeas corpus* parcialmente concedido, para alterar a fração do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 para o máximo legalmente previsto, tornando a reprimenda do paciente



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, e para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta.

### **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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de abril de 2011. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 141.362 - MG (2009/0132257-8)

IMPETRANTE : DIEGO GERÔNIMO HIPÓLITO AUGUSTO  
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PACIENTE : DIEGO GERÔNIMO HIPÓLITO AUGUSTO

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de DIEGO GERÔNIMO HIPÓLITO AUGUSTO, contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 1.0384.08.062444-6/001, interposta pela defesa, para reconhecer, em favor do paciente, a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 e aplicá-la no patamar de 1/2 (metade), tornando a sua reprimenda definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantida, no mais, a sentença que o condenou pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

O impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que o paciente preencheria todos os requisitos subjetivos e objetivos para a aplicação da fração máxima prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, haja vista ser primário, com bons antecedentes e não fazer parte de qualquer organização criminosa, razões pelas quais mostra-se equivocado o entendimento adotado pelo Tribunal de origem quando da aplicação da redução apenas de 1/2 (metade).

Defende que, preenchidos todos os requisitos necessários à concessão da benesse e considerando que a quantidade de droga apreendida já foi sopesada quando da fixação da pena-base, de rigor a fixação da maior fração legalmente prevista, qual seja, 2/3 (dois terços).

Sustenta, outrossim, que seria totalmente cabível, no caso, a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, ainda que a condenação seja por tráfico de drogas, visto que, no seu entender, a vedação contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 seria incompatível com o ordenamento constitucional, vez que violaria os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade, ressaltando, ainda,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que estariam preenchidas todas as condições necessárias para ter em seu favor a permuta almejada.

Requer a concessão da ordem, para que seja aplicada a redução de pena máxima de 2/3 (dois terços) prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, bem como seja substituída a pena privativa de liberdade imposta ao paciente por restritivas de direitos.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, *"para que o Tribunal 'a quo' justifique os motivos pelos quais deixou de proceder à redução da pena no seu patamar máximo"* (fl. 83).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.362 - MG (2009/0132257-8)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Busca a presente impetração seja aplicado, em favor do paciente, o redutor máximo de 2/3 (dois terços) previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, e não de 1/2 (metade), como procedido pela Corte de origem, reduzindo-se, conseqüentemente, a reprimenda irrogada, bem como seja determinada a substituição da sanção reclusiva por penas restritivas de direitos.

Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

*In casu*, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para reconhecer, em favor do paciente, a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 e aplicá-la no patamar de 1/2 (metade), tornando a sua reprimenda definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Relativamente ao *quantum* de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o juiz sentenciante sequer reconhecer a incidência dessa minorante em favor do paciente, sendo que a Corte de origem, por sua vez, proveu em parte o apelo defensivo para aplicá-la em favor do sentenciado no patamar de 1/2 (metade), sem, contudo, tecer maiores considerações (fl. 59).

Cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para escolha da fração



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista legalmente para a redução da reprimenda pela causa especial em questão, esse Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que: *"Se o legislador da Lei n.º 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas"* (HC n.º 118.098/RS, Relator(a) Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 9-12-2008).

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: *"O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"*.

E, na hipótese que se apresenta, com razão o impetrante quando sustenta a possibilidade de incidência da maior fração prevista em lei, qual seja, 2/3 (dois terços), tendo em vista que **a Corte Estadual não apontou qualquer fundamento concreto que justificasse a aplicação de uma redução a menor**, deixando, assim, de observar o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da CF, não se podendo olvidar que, na espécie, embora tenham sido apreendidas duas substâncias entorpecentes diversas - "cocaína" e "maconha" -, e não obstante a nocividade da primeira ser maior do que a de outras drogas, a quantidade de material tóxico encontrado em poder do paciente não foi excessivamente elevada - 2,53 g e 25,90 g, respectivamente -, tanto que **a pena-base restou fixada no mínimo legalmente previsto**, de maneira que não se poderia negar a incidência da maior diminuição prevista em lei tão somente por esse fator, máxime quando esse argumento - quantidade e diversidade de drogas - sequer foi aventado pelas instâncias ordinárias, sob pena de incorrer-se no vedado *reformatio in pejus*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, o seguinte julgado da Quinta Turma deste Sodalício:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE NA POSSE DE 45 GRAMAS DE MACONHA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, NO MÁXIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO QUE APLICOU A REFERIDA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA EM APENAS 1/2. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.*

*1. O acórdão impugnado aplicou a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, estabelecendo a redução em 1/2, sem fundamentação lastreada em fatos concretos a justificar a diminuição abaixo do máximo legal, à razão de 2/3. Ante a ausência de motivação idônea, é o caso de se determinar a diminuição da pena no grau máximo, tendo em conta a inexistência de circunstâncias desfavoráveis ao réu.*

*[...]*

*4. Ordem parcialmente concedida a fim de determinar a aplicação da*

*minorante prevista em seu art. 33, § 4.º da Lei de Drogas, na fração de 2/3 (dois terços), ficando a pena do Paciente quantificada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo. Ordem concedida, de ofício, para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, devendo o Juízo das Execuções estabelecê-las, nos termos do art. 44, e seguintes, do Código Penal. (HC n.º 134.332/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 15-2-2011, DJe 28-2-2011)*

Por essas razões, merece ser reformado o acórdão impugnado, para aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo de 2/3 (dois terços), e não de 1/2 (metade), como procedido pela Corte Estadual, ficando **a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.**

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, a Corte Estadual entendeu inviável proceder-se à permuta, "face à vedação expressa imposta pelo art. 44 da Lei de Drogas" (fl. 59).

É certo que, inicialmente, esta Quinta Turma adotou o entendimento de que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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, da relatoria do Exmo. Ministro Ayres Britto.

Para melhor análise do tema, transcreve-se excerto extraído do Informativo nº 598 do Pretório Excelso:

*Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente habeas corpus e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de writ, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas ("Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional – v. Informativos 560, 579 e 597. Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convolação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o habeas*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*corpus.*

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, afigura-se possível, a 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.

Mas, para proceder-se à substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, necessário o preenchimento, pelo paciente, das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da benesse, previstas no art. 44 do CP.

Nesse sentido, a ordem deve ser concedida parcialmente nesse ponto, apenas para afastar a vedação contida nos arts. 33, § 4º e 44 da Lei n.º 11.343/06, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar o preenchimento das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da referida substituição, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Ante o exposto, concede-se a parcialmente a ordem para alterar a fração do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 para o máximo legalmente previsto de 2/3 (dois terços), tornando a reprimenda do paciente definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, para alterar a fração do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 para o máximo legalmente previsto, tornando a reprimenda do paciente definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, e para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0132257-8

**HC 141.362 / MG**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10384080624446 80624446

EM MESA

JULGADO: 12/04/2011

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DIEGO GERÔNIMO HIPÓLITO AUGUSTO  
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PACIENTE : DIEGO GERÔNIMO HIPÓLITO AUGUSTO

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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.