



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 245.354 - SP (2012/0119677-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ROBERTO CORDEIRO DE AZEVEDO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a quantidade e a natureza mais lesiva da substância apreendida - **aproximadamente 1 Kg de cocaína** - somadas às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante do agente e demais corréus, levaram à conclusão de que não se tratava de traficante ocasional, ou seja, que se dedicaria a atividades delituosas.

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

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTES STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO MAIS SEVERO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve ser fixado de acordo com o previsto no art. 33 do Código Penal.

2. A gravidade concreta do crime, em razão especialmente da quantidade e natureza do entorpecente capturado em poder do paciente e demais corréus, justificam a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(QUATRO) ANOS. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL. PREJUDICIALIDADE DO *MANDAMUS* NESSE PONTO.

1. Ausente ilegalidade na reprimenda fixada pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois objetivamente inviável na hipótese, de acordo com o art. 44, I, do CP.

2. *Habeas corpus* denegado.

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 maioria, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR).

Votou parcialmente vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz que concedia parcialmente a ordem.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 245.354 - SP (2012/0119677-8)

VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCOS ROBERTO CORDEIRO DE AZEVEDO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra o Impetrante que o Paciente, preso em flagrante delito no dia 18/06/2009, foi denunciado nos autos da ação penal n.º 344.01.2009.013672-6 (Controle n.º 832/09), como incurso nos arts. 33, *caput* e 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006, c.c. o art. 69 do Código Penal. Finda a instrução criminal, sobreveio sentença que absolveu o Paciente, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura em seu favor.

Contra a sentença, o Ministério Público interpôs apelação criminal, que restou parcialmente provida pela Corte de origem, para condenar o Paciente como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Nas presentes razões, requer, em síntese, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em seu grau máximo (2/3); a fixação do regime prisional aberto; e a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 50/51.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 50/62 e 113, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 138/144, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

Na sessão do dia 25/09/2012, a Quinta Turma, por maioria de votos, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Eminentíssimo Ministro Jorge Mussi, em que fiquei parcialmente vencida.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o Paciente, preso em flagrante delito no dia 18/06/2009, foi denunciado nos autos da ação penal n.º 344.01.2009.013672-6 (Controle n.º 832/09), como incurso nos arts. 33, *caput* e 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006, c.c. o art. 69 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Finda a instrução criminal, sobreveio sentença que absolveu o Paciente, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura em seu favor.

Contra a sentença, o Ministério Público interpôs apelação criminal, que restou parcialmente provida pela Corte de origem, para condenar o Paciente como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, absolvendo-o quanto ao crime de associação para o tráfico ilícito de drogas.

O Tribunal *a quo* realizou a dosimetria da pena nos seguintes termos, *ad litteram*:

"[...]

Apenamento.

Ao réu Marcos.

*Base fixada e mantida no **mínimo legal**, vez que ausentes circunstâncias modificadoras **5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa**.*

[...]

*E não há como se aplicar, **evidentemente**, a qualquer dos réus – Marcos, César e José –, a causa de diminuição prevista no **art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006**.*

***Tal seria** hipótese contrária, data venia e só pelo peso da droga.*

*Volte-se a afirmar, **SEMPRE***

*Mais ainda e tecnicamente porque, nada obstante tenha a novel legislação anti-drogas (Lei n.º 11.343, 23.ago.2006) criado **aparente** situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), **não é o caso** de aqui considerá-la mais benéfica e em favor dos acusados ("lex mitior"), porque meramente **facultativa** a situação ("...as penas **poderão** ser reduzidas..." g.do a.), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, **mais aqui, evidentemente**, face à sempre lembrada **enorme quantidade do poderoso entorpecente apreendido**, levando a crer que aqueles já vinham desenvolvendo a atividade ilícita há algum tempo.*

*O que denota **habitualidade** constante e reiterada, a revelar que os réus não podem ser tratados igualmente a outros.*

Demais disso, atente-se ao fato de que os acusados

*José e César também saíram condenados, por força de decisão desta Instância, pelo delito de **associação para o tráfico**, o que, só por si, já é suficiente a impedir a incidência do redutor que não deve beneficiar àqueles que se dedicam às **atividades de associações criminosas**.*

[...]" (Fls. 131/133; grifos no original.)

Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Ao contrário do entendimento esposado pelo Tribunal de origem, uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos previstos no § 4.º do citado artigo, é mister a aplicação da aludida causa de diminuição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É certo que a lei dispõe que "*as penas **poderão** ser reduzidas*" (grifos acrescidos). Todavia, cuida-se, à toda evidência, de regra proibitiva, nas hipóteses de o réu não preencher os requisitos, e mandatória, no caso de o réu preenchê-los, não decorrendo, na última hipótese, pois, de mera discricionariedade do juiz, mas de verdadeiro direito subjetivo do apenado.

Os parâmetros fixados no art. 42 da citada Lei devem ser utilizados pelo magistrado não como forma de vedar a aplicação da minorante, mas como critério para o estabelecimento do *quantum*, ou seja, do grau de redução, que varia de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Portanto, como o Tribunal *a quo*, em relação ao ora Paciente, não apresentou qualquer outro fundamento para o indeferimento da causa de diminuição de pena em análise, mostra-se imperiosa a sua aplicação.

Na espécie, à luz do art. 42 do mesmo Diploma Repressivo, diante da natureza e da grande quantidade da droga apreendida – **984,8 gramas de "cocaína"** –, deve a pena ser reduzida na fração mínima, qual seja: 1/6 (um sexto).

Assim, compulsando os termos do acórdão hostilizado, verifica-se que a pena-base restou fixada no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, ausentes atenuantes, agravantes ou causas de aumento a serem consideradas. Com a aplicação da minorante, **fica quantificada a reprimenda do Acusado em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.**

De outra parte, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, é conhecida a posição desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90.

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (STF, HC 111.840/ES, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado no dia 27/06/2012.)

Com efeito, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado individualizar a reprimenda do condenado, conforme o caso concreto. No ponto, cumpre transcrever os fundamentos do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC n.º 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei n.º 11.464/07, que modificou a Lei n.º 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07."

Desse modo, consoante orientação da Suprema Corte, afastada a disposição constante do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se observar o que dispõe o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso, impende salientar que a pena-base do Paciente foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão. Assim, considerando o *quantum* da pena fixado, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial **semiaberto**.

Por fim, no tocante ao alegado direito à substituição da reprimenda corporal, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. *As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.*

4. *No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.*

5. *Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.” (STF, HC 97.256/RS, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)*

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011.

Recentemente, desde 15/02/2012, a discussão perdeu sentido, em virtude da edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da mencionada vedação, *in verbis*:

"RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

*Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012."*

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, reformando o acórdão impugnado, aplicar a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, reduzindo a reprimenda para 4 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, bem como fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 245.354 - SP (2012/0119677-8)

VOTO-VENCEDOR

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MARCOS ROBERTO CORDEIRO DE AZEVEDO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento da Apelação nº 0013672-04.2009.8.26.0344 (antigo número 990.10.115251-7), interposta pelo Ministério Público e pela defesa do demais corréus (JOSÉ ROBERTO MARQUES e CESAR VIEIRA DOS SANTOS), negou provimento aos recursos defensivos e proveu parcialmente o apelo ministerial para, no que tange ao ora paciente MARCOS ROBERTO, condená-lo ao cumprimento de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que sendo primário, portador de bons antecedentes, não se dedicando à atividades ilícitas, bem como não sendo integrante de organização criminosa, o paciente possuiria direito subjetivo à aplicação do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, Lei n.º 11.343/06 e em seu patamar máximo, ou seja, no *quantum* de 2/3 (dois terços).

Defende ainda que, no caso do deferimento ao paciente da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.346/2006, sendo-lhe favoráveis as condições do art. 42 da Lei de Drogas e as circunstâncias do art. 59 do CP, restaria autorizada a imposição do regime inicial aberto de execução, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Acrescenta que, concedida a redução da reprimenda nos moldes em que pleiteado na inicial, o réu teria direito, da mesma forma, à substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, sobretudo em se considerando que o STF teria consolidado a posição referente a inconstitucionalidade dos artigos da Lei de Drogas que previam a vedação ao referido benefício aos condenados por tráfico de entorpecentes, os quais inclusive tiveram sua eficácia suspensa pela Resolução nº 5 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Senado Federal.

Requeru, liminarmente, a suspensão do processo até o julgamento definitivo do presente *writ*, e, no mérito, postula pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em seu patamar máximo, bem como que seja fixado o regime inicial aberto e deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida pela Excelentíssima Senhora Relatora, Ministra Laurita Vaz, por decisão de fls. 50/51.

Solicitadas informações, estas foram prestadas.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

O presente *writ* foi submetido a julgamento por esta Quinta Turma, que, por maioria de votos, denegou a ordem, restando parcialmente vencida a Excelentíssima Senhora Ministra Relatora, a qual, apesar de haver votado com a maioria quanto à prejudicialidade no tocante à substituição da pena, optou por conceder parcialmente a ordem, para determinar a incidência da minorante descrita pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na hipótese, no patamar de 1/6 (um sexto), e aplicar o regime inicial semiaberto ao paciente, cabendo-me, então, a incumbência de lavrar o acórdão, visto que vencedor no julgamento em questão.

É o relatório.

Trata-se de *habeas corpus* visando a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em seu patamar máximo, bem como o abrandamento do regime inicial de execução e o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em ação penal em que o paciente restou condenado ao cumprimento de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Da análise dos autos verifica-se que o paciente e outros 2 (dois) corréus foram denunciados pelos crimes descritos no art. 33, *caput*, e art. 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006, c/c art. 69 do Código Penal, porque, segundo descrito na sentença:

[...] no dia 18 de junho de 2009, por volta das 5h09min,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nesta cidade e Comarca, recebida informações de que um veículo GM-Vectra, cor prata, placa JYS 1035/Marília, ocupado pelos acusados, teria deixado esta cidade rumo a cidade de Cafelândia para buscar drogas adquiridas para serem revendidas na cidade de Marília, de forma que os policiais, localizados no trevo de acesso à cidade de Porto Ferrão, abordaram o referido veículo e encontraram sobre o banco traseiro um pacote prensado de cocaína, com peso total de 986,800g. (fls. 12)

Finda a instrução criminal, o ora paciente, MARCOS ROBERTO CORDEIRO DE AZEVEDO, restou absolvido em relação à ambos os crimes descritos na denúncia, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, restando condenados os demais corréus por violação apenas ao art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Irresignados, o Ministério Público e os demais corréus apelaram perante o Tribunal *a quo*, o qual negou provimento aos recursos defensivos e proveu parcialmente o apelo ministerial para, no que tange ao ora paciente MARCOS ROBERTO, condená-lo ao cumprimento de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 (fls. 17).

Na sequência a defesa opôs embargos de declaração, os quais, entretanto, foram conhecidos e rejeitados pela Corte Estadual.

Anota-se ainda que, de acordo com as informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, "*por decisão proferida por esse Sodalício no Habeas Corpus nº 221.309, o acórdão foi anulado a fim de que outro fosse proferido em novo julgamento com prévia intimação pessoal do defensor nomeado para o corréu José Roberto Marques da pauta de julgamento*" e, assim, expedido o referido mandado de intimação, na sessão realizada em 3-7-2012, a Turma Julgadora manteve o entendimento firmado no julgamento anterior, provendo parcialmente o recurso ministerial "*para condenar Marcos Roberto por incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, às penas de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa*" (fls. 61).

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que a Corte impetrada excluiu a aplicação da referida benesse sob o entendimento de que a expressiva quantidade e a natureza da droga apreendida - **aproximadamente 1 kg (um quilograma) de cocaína** - evidenciavam que não se tratava de traficante ocasional, ou seja, que se dedicava a atividades ilícitas (fls. 36-37).

E assim, decidindo, não se pode acoimar de ilegal o aresto impetrado, pois, sobre a minorante em questão, cumpre destacar que, na esteira do entendimento adotado por este Tribunal Superior, *"a expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena"* (REsp n.º 1.021.782/RS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 23-2-2010, DJe 22-3-2010).

E, na hipótese que se apresenta, infere-se que a Corte Estadual afastou a incidência do benefício sob o entendimento de que a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, somadas às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante do paciente e demais corréus, evidenciavam o seu grau de envolvimento com a atividade ilícita.

E, como já se decidiu:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.

2. No caso concreto, a paciente foi flagrada com 1 kg de substância análoga à cocaína, o que torna inaplicável, portanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

3. Por fim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o decisor condenatório quanto à dedicação à traficância de drogas, impossível acolher a pretensão de realizar, através do writ, o revolvimento do conjunto fático-probatório que arrimou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mentionado fundamento.

4. Ordem denegada.

(HC 192.255/MS, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 31/05/2011)

No mesmo vértice, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória e no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias ressaltaram que a quantidade da droga apreendida com o Paciente - 263 invólucros plásticos com "cocaína" - evidencia o seu grau envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min.

CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.) 4. Ordem denegada.

(HC 208.376/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011 - grifamos)

Desta forma, não se pode dizer que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçaram a sua incidência *in casu*, e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se o réu efetivamente se dedicaria ou não a atividades criminosas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 44, 59 E 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL.

[...]

4. Não há constrangimento ilegal sanável em sede de habeas corpus quando a instância ordinária entende que o acusado não preenche os requisitos necessários para a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, uma vez que incabível na via eleita a dilação probatória que se faz necessária para reconhecer a presença da condição subjetiva exigida e que o condenado não se dedica à atividade ou integra organização criminosa.

[...]

7. Habeas corpus denegado" (HC n.º 73.652/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 3-4-2008 - grifamos)

Quanto ao regime de cumprimento da pena fixado ao condenado, tem-se que a Corte impetrada escolheu o modo inicial mais gravoso com fundamento no que dispõe o § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007 (fls. 37).

De se observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, de ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

E, em assim sendo, não há ilegalidade manifesta a ser sanada através da via eleita no estabelecimento do modo fechado na hipótese, pois a gravidade concreta do crime cometido pelo agente, especialmente em razão da quantidade e natureza mais lesiva do entorpecente capturado em seu poder - **aproximadamente 1 kg de cocaína** -, justificam a imposição do regime mais severo.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E DEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 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, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora a paciente seja primária e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que concluído pela instância ordinária que ela integra organização criminosa.

3. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

4. Em decorrência do indeferimento do pedido de aplicação da referida minorante, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanção corporal por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

5. As circunstâncias do caso - considerável quantidade e natureza do entorpecente - conduzem à necessidade de manutenção do regime prisional fechado para o início da expiação.

6. Ordem denegada.

(HC 179.194/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 13/10/2011)

Assim, estando justificada a escolha do modo mais gravoso para o início da execução, inexistente constrangimento ilegal a ser reparado também quanto ao ponto.

Finalmente, restando mantida a reprimenda do paciente no patamar fixado pelo Tribunal Estadual, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão, evidencia-se a prejudicialidade do *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois objetivamente inviável na hipótese, de acordo com o art. 44, I, do CP.

Diante do exposto, voto pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0119677-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 245.354 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 8322009 990101152517

EM MESA

JULGADO: 25/09/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ROBERTO CORDEIRO DE AZEVEDO

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 maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, que lavrará o acórdão".

Votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR).

Votou parcialmente vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz que concedia parcialmente a ordem.