



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 135.345 - MG (2009/0083154-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : MARIA VALÉRIA VALLE DA SILVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JÚNIO ANTÔNIO SOARES GARCIA (PRESO)
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

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. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor no percentual de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza e a quantidade de substância entorpecente apreendida com o paciente - 79 (setenta e nove) invólucros plásticos contendo cocaína na forma de *crack* - cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

MINORANTE PREVISTA NO ART. 46 DA LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERTURBAÇÃO MENTAL REDUZIDA. FRAÇÃO MÍNIMA QUE SE MOSTRA DEVIDA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Nos termos do art. 46 da Nova Lei de Drogas, "*As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*".

2. Demonstrado que a perturbação mental do paciente não se mostrou acentuada e que apenas a sua capacidade de autodeterminação apresentou-se parcialmente tolhida, devida a escolha pela fração mínima (1/3) prevista no art. 46 da Lei 11.343/06.

NARCOTRÁFICO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE PERMUTA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SURSIS. VEDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 44 DA LEI ANTIDROGAS. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELA CORTE ESPECIAL.

1. Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.

2. Porque evidenciada a hediondez da figura inculpada no § 4º do art. 33, da Nova Lei de Drogas, não há que se falar em afastamento da Lei 11.464/2007 nessas hipóteses.

3. Inviável substituir-se a pena corporal por restritivas de direitos ou conceder-se *sursis*, pois, não obstante a quantidade de pena finalmente estabelecida ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o estabelecido na parte final do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei 11.343/06, vedam esses benefícios *in casu*.

4. A Corte Especial deste STJ recentemente declarou a constitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06, no ponto em que veda a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos mencionados delitos, cometidos após a sua entrada em vigor.

2. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de maio de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 135.345 - MG (2009/0083154-8)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : MARIA VALÉRIA VALLE DA SILVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JÚNIO ANTÔNIO SOARES GARCIA (PRESO)
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de JÚNIO ANTÔNIO SOARES GARCIA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 1.0024.08.990521-0/001, lá interposta pela Defesa, deu-lhe parcial provimento para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, aplicar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 na proporção de 1/2, mantendo a redução do art. 46 da mesma legislação em 1/3, fixando a sanção definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 166 dias-multa, por violação ao art. 33 da Lei de Drogas, vedando ainda a substituição da pena reclusiva por penas restritivas de direitos e a concessão de *sursis*.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o fundamento utilizado pela Corte impugnada, baseado na quantidade e qualidade da droga apreendida, para não fazer incidir a causa de diminuição da pena, inserta no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, em seu grau máximo, estaria equivocado, porquanto o volume de 6,50g (seis gramas e cinquenta centigramas) não seria considerável para justificar uma apenação mais rigorosa, pelo que se faz razoável o decréscimo da pena no patamar de 2/3, sobretudo por lhe serem favoráveis as circunstâncias judiciais, salientando, ainda, que o fato da substância ser cocaína, na forma adulterada de "crack", não poderia, isoladamente, ser critério para exasperação da pena em menor grau.

Apona, outrossim, que o raciocínio elaborado pelo togado singular para reduzir a sanção do paciente na fração mínima prevista, quando do exame do art. 46 da Lei 11.343/2006, consubstanciado no fato de que a perturbação do paciente não teria se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mostrada como acentuada, não merece prosperar, porquanto "*se o grau de perturbação mental do periciado mostrar-se elevado, certamente estaremos diante de um caso de inimputabilidade*" (fls. 10), restando inviável a aplicação de qualquer fração redutora.

Assevera, ademais, que o simples fato de o crime ser tráfico de entorpecentes não seria suficiente para se negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante vem decidindo o Pretório Excelso e este Superior Tribunal, os quais, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n.º 8.072/90, teriam se posicionado pela possibilidade da citada permuta nos crimes ocorridos na vigência da anterior lei de tóxicos - Lei n.º 6.368/76, razões pelas quais entende que a vedação à benesse de substituição da reprimenda não poderia fulcrar-se apenas na gravidade do delito de tráfico de drogas, equiparado a hediondo.

Alega que o art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 preceitua que estará impedido de ter a sanção reclusiva substituída por restritivas de direito o agente que praticar as infrações insertas nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, não incidindo, portanto, àqueles que cometerem a conduta do art. 33, § 4º - tráfico privilegiado, como o caso dos autos e que, "*a vedação genérica prevista no art. 33, § 4º e art. 44, da Lei 11.343/06 afronta os princípios da individualização das penas, da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como os subprincípios deste, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, princípios que são norteadores do direito penal moderno, e são abarcados pela Carta Magna*" (fls. 17).

Argumenta, ainda, que novamente o Sodalício vergastado teria utilizado, indevidamente, a gravidade do delito cometido para tolher direito subjetivo do réu, qual seja, à concessão de *sursis*, sobretudo por não existir nenhuma previsão legal vedando sua incidência em delitos como os do presente caso, motivo pelo qual torna-se impossível construir interpretação em prejuízo do réu.

Por fim, aduz que seria plenamente moderado o entendimento de que os delitos de tráfico de entorpecentes privilegiados não seriam hediondos, fixando-se o regime de cumprimento de pena segundo parâmetros do art. 33 do Código Penal e, não sendo o paciente reincidente e não tendo sido imposta pena superior a 4 anos, faria jus ao início do resgate de sua sanção corporal no modo aberto.

Requeru a concessão sumária da ordem, para que o paciente pudesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aguardar o julgamento deste remédio constitucional em liberdade. No mérito, pugna pela:

a) aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na proporção de 2/3;

b) aplicação da fração de 2/3 em razão da causa de diminuição de pena do art. 46 da Lei 11.343/06;

c) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou concessão do *sursis* e;

d) fixação do regime aberto.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 241/242.

Ante a suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade tida como coatora.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 247/252, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 135.345 - MG (2009/0083154-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 341 (trezentos e quarenta e um) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, com a causa especial de redução prevista no art. 46, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 25-2-2008, foi flagrado na posse de 79 invólucros plásticos contendo cocaína, na forma petrificada (*crack*), pesando ao todo 6,50 gramas (seis gramas e cinquenta centigramas), que trazia consigo para fins de comercialização (Denúncia - fls. 48 e Sentença - fls. 179).

A Defesa, então, interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para, reduzindo a pena-base do paciente para o mínimo legal e aplicando em 1/2 (metade) a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, tornar a sua sanção definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 166 dias-multa, vedando ainda a substituição da pena reclusiva por penas restritivas de direitos e a concessão de *sursis*.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, no que pertine à alegada ilegalidade na aplicação da pena, *"este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu"*, sendo inclusive orientação pacificada que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu"* (HC n.º 77.964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21-2-2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

Relativamente ao *quantum* de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas, cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução 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"*.

Assim, na esteira do firme entendimento sufragado no âmbito desta Quinta Turma, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução (HC n.º 127.247/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, QUINTA TURMA, DJe 26-10-2009).

In casu, verifica-se que o juiz de primeiro grau aplicou a referida causa especial de diminuição na menor fração legalmente prevista, sem, no entanto, ter apontado qualquer elemento concreto que justificasse a escolha.

O Tribunal de origem, por sua vez, acolhendo parcialmente a tese defensiva, entendeu devida a aplicação da fração de 1/2 (metade), aduzindo, para tanto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o que se segue:

"Com efeito, não há justificativas para que as penas sejam diminuídas em somente 1/6. Entretanto, pela expressiva quantidade de droga apreendida, extremamente nociva à saúde dos incautos viciados em entorpecentes, também não se justifica a diminuição na máxima fração de 2/3.

No caso concreto em julgamento, entendo que as reprimendas devem ser diminuídas de metade, notadamente em atenção à quantidade e qualidade da droga que o réu trazia consigo para a mercancia." (fls. 233/234)

Assim, não se pode acoimar de ilegal o acórdão objurgado no ponto em que não aplicou a fração máxima legalmente prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que a quantidade e a natureza da droga apreendida - 79 (setenta e nove) invólucros plásticos contendo cocaína na forma de *crack* (fl. 95) - justificam a aplicação de uma fração inferior ao máximo legalmente previsto, qual seja, em 1/2 (metade), eis que a nocividade dessa substância entorpecente é maior do que a de outras drogas e, mesmo totalizando apenas 6,50 (seis gramas e cinquenta decigramas), permitiu sua divisão em 79 (setenta e nove) pacotinhos, o que autoriza a menor redução.

Nesse sentido, o seguinte precedente deste Sodalício, *mutatis mutandis*:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N° 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima).

II - No caso concreto, verifica-se que o v. acórdão vergastado carece, na aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, no percentual de 1/5 (um quinto), de fundamentação objetiva imprescindível.

*III - Assim, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica à atividades criminosas e nem integra organização criminosa, sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 consideradas totalmente favoráveis, **sendo pequena a quantidade de droga apreendida, mas levando em conta a natureza da substância entorpecente (crack), faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena no percentual de 1/2 (metade).***

Ordem concedida.

(HC 139.356/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2009, DJe 01/02/2010 - destacamos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que diz respeito à minorante prevista no art. 46 da Lei n.º 11.343/06, cumpre destacar, para melhor análise da questão, o disposto nesse dispositivo legal, *verbis*:

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O magistrado de primeiro grau entendeu devida a redução pela fração mínima de 1/3 (um terço), ao argumento de que *"o exame de sanidade mental do acusado [...] demonstra que o mesmo tinha tolhida parcialmente apenas a sua capacidade de autodeterminação"* (fl. 183).

O Tribunal Estadual, por seu turno, manteve a redução mínima prevista na lei, sob o fundamento de que *"o critério de diminuição nos casos de semi-imputabilidade é o grau de perturbação mental e, no caso em comento, esta não se mostrou acentuada"* (fl. 234).

Por essas razões, não se pode dizer que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, eis que apontaram elementos concretos que justificaram a escolha pela fração mínima legalmente prevista, destacando que a perturbação mental do paciente não se mostrou acentuada e que apenas a sua capacidade de autodeterminação mostrou-se parcialmente tolhida, pelo que entenderam devida a redução mínima legalmente prevista.

No que tange à alegação de que o tráfico de drogas praticado na forma "privilegiada" - com a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 - afastaria a hediondez do delito e, conseqüentemente, a incidência da Lei n.º 11.464/2007, necessário se faz, para melhor análise da questão, transcrever o disposto no art. 33, *caput* e § 1º, a Lei n.º 11.343/2006, que tipifica as condutas do crime de tráfico de drogas, *verbis*:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas."

O § 4º do art. 33 da mencionada lei federal, por sua vez, prevê a figura do chamado "tráfico privilegiado". Ei-lo:

"§ 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."

De um lado, há quem entenda que a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 afasta a hediondez do delito. Isso porque haveria uma desproporção na aplicação da pena diminuída pela incidência do referido dispositivo legal - que pode chegar ao mínimo de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão -, comparando-a com as penas aplicadas aos condenados por crimes hediondos e equiparados, considerados de maior gravidade e de maior potencialidade lesiva.

Os defensores dessa corrente - entre os quais é exemplo Luiz Flávio Gomes - argumentam, outrossim, que o Decreto n.º 6.706/2008 permitiu a concessão de indulto aos condenados pelo crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, enquanto que o art. 2º, inciso I, da Lei n.º 8.072/1990 veda a concessão do referido benefício nos crimes hediondos e equiparados, dentre os quais o de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. (GOMES, Luiz Flávio; RUDGE, Elisa M. *Drogas: admite-se a combinação de leis penais para beneficiar o réu?* Disponível em: <http://www.lfg.com.br>).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Louvam-se, ainda, no argumento de que o homicídio privilegiado não é considerado hediondo, porquanto tal figura não se encontra no rol taxativo da Lei n.º 8.072/1990, razão pela qual deveria, em princípio, ser aplicado o mesmo raciocínio para os condenados pela prática do crime de tráfico de drogas com a aplicação da causa especial prevista no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas.

Em que pesem tais posicionamentos, razoável compreender que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não desnatura o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, vez que nada mais é do que uma causa especial de diminuição de pena.

Importante destacar que, ao contrário do privilégio e das qualificadoras - que constituem tipo penal autônomo, com nova cominação de penas -, as causas especiais estabelecem tão somente modificação nos parâmetros da pena em abstrato do tipo fundamental, com frações de aumento ou de diminuição da reprimenda.

Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.

Ressalte-se que o simples fato de o rol das vedações previstas no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 não contemplar o § 4º do art. 33 dessa lei não afasta o caráter hediondo dessa figura, vez que, da leitura atenta daquele dispositivo, observa-se que ele elenca apenas tipos penais (art. 33, *caput*; art. 33, § 1º; e arts. 34 a 37), o que autoriza a conclusão de que esse rol não deveria mesmo incluir uma causa especial de diminuição de pena.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci assevera que "*a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º.*" (In: *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3ª



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

edição. Revista dos Tribunais: 2008, p. 320).

Ademais, a simples vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos prevista no próprio art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 reafirma o posicionamento ora adotado, no sentido de que, por certo, não quis o legislador afastar o caráter hediondo dessa conduta, mesmo permitindo punição mais branda, quando preenchidos os pressupostos legais para a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Assim, porque demonstrada a hediondez da figura inculpada no § 4º do art. 33, da Nova Lei de Drogas, não há que se falar em afastamento da Lei n.º 11.464/2007 a essas hipóteses.

No que se refere à pretendida substituição da sanção corporal por restritiva de direitos, o juiz singular negou as referida benesse pelos seguintes argumentos:

"Deixo de substituir a pena corporal por restritivas de direitos, na forma preceituada pelo art. 44 do CP, por sua insuficiência à repressão e prevenção do crime. Ademais, o art. 44 da novel Lei 11.343/06 veda expressamente a conversão das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, nos casos de tráfico de entorpecentes." (fl. 185)

A Tribunal impetrado, por sua vez, negou ao paciente a almejada concessão de *sursis* e a substituição da sanção reclusiva também com base na vedação legal inculpada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 (fl. 235).

De fato, como bem destacaram as instâncias ordinárias, inviável substituir-se a pena corporal por restritivas de direitos ou conceder-se *sursis*, pois, não obstante a quantidade de pena finalmente estabelecida ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não se pode olvidar o estabelecido na parte final do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n.º 11.343/06, que vedam esses benefícios *in casu*.

Veja-se:

"Art. 44. 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). PENA CONCRETIZADA EM 4 ANOS DE RECLUSÃO, REGIME INICIALMENTE FECHADO. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/3 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA QUALIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS (116 TABLETES MÉDIOS DE MACONHA, 67 TIJOLOS DE MACONHA E 353 FRASCOS DE LANÇA PERFUME). IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE. DELITO PRATICADO APÓS A VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

(...)

3. A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes, em seu art. 44, dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de sursis e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Portanto, cometido o crime na vigência da Lei 11.343/06 (nova lei de drogas), impossível a conversão da pena ou concessão de sursis.

(...)

5. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial." (HC n.º 144.502/GO, QUINTA TURMA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19-11-2009, DJe 1-2-2010)

Aliás, em recente julgado, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça reconheceu a constitucionalidade do previsto no art. 44 da Lei 11.343/06, na parte em que veda a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Veja-se a ementa do acórdão:

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INCONVERSIBILIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 33, § 4º E ART. 44, CAPUT, DA LEI Nº 11.343, DE 2006.

Se a lei deve assegurar indiscriminadamente ao juiz o arbítrio para, no caso do tráfico ilícito de entorpecentes, substituir a pena privativa da liberdade pela pena restritiva de direitos, o próprio art. 44 do Código Penal seria inconstitucional ao excluir desse regime os crimes cometidos à base da violência ou de grave ameaça à pessoa – e com maior razão.

Com efeito, as hipóteses excludentes do regime de substituição de penas, contempladas no art. 44 do Código Penal, tem como suporte unicamente o critério do legislador ordinário; já a inconversibilidade das penas quando a condenação decorre do tráfico ilícito de entorpecentes têm por si a vontade do constituinte, que em dois momentos destacou a importância da repressão a esse crime, a saber: - primeiro, no art. 5º, XLIII, já citado, a cujo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

teor a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outros, o tráfico ilícito de entorpecentes; - segundo, no art. 5º, LI, que autoriza a extradição do brasileiro naturalizado comprovadamente envolvido no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

(AI no HC 120353/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 18/12/2009)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena fixado ao paciente, cumpre destacar que, porque demonstrada a hediondez da figura inculpada no § 4º do art. 33, da Nova Lei de Drogas, não há que se falar em afastamento da Lei n.º 11.464/2007 a essas hipóteses.

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção do paciente tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restou condenado ocorreu em 25-2-2008, após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.

Inúmeros julgados deste Tribunal corroboram o entendimento, senão vejamos:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITOS DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06 EM SEU PERCENTUAL MÁXIMO DE REDUÇÃO E DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. QUESTÕES NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. TESE DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. NÃO-OCORRÊNCIA. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/07.

1. A impetração, quanto às teses relativas ao direito à fixação do percentual máximo de 2/3, pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, e à substituição das penas, não foram objeto de exame pelo Tribunal de origem, nos autos do habeas corpus originário, o que impede a apreciação por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

2. Na espécie, o Paciente restou condenado pela prática do crime de tráfico de drogas cometido em 28/08/2007, sob a égide,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

portanto, da nova Lei de Crimes Hediondos – Lei n.º 11.464/07, a qual, estabelece, em seu art. 1.º, que alterou a redação do art. 2º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90 o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do quantum de pena aplicado.

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem" (HC 119.506/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009 - grifamos).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO.

I - Não há qualquer constrangimento ilegal, reparável via habeas corpus, na fixação, no caso, do regime inicial fechado para o desconto da reprimenda imposta ao paciente, mormente diante da modificação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07.

II - Assim, tendo o paciente cometido crime na égide na Lei nº 11.464/07, é incensurável a r. sentença condenatória que fixou o regime fechado como o inicial para o cumprimento da reprimenda penal.

Ordem denegada" (HC 106.461/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 03/11/2008 - destacamos).

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0083154-8
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 10024089905210 24089905210

HC 135345 / MG

EM MESA

JULGADO: 11/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : MARIA VALÉRIA VALLE DA SILVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JÚNIO ANTÔNIO SOARES GARCIA (PRESO)
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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 Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de maio de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário