



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.630 - SP (2011/0200161-5)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI  
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : ÉRIKA DE VASCONCELLOS LIMA POMPEO - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : NILSON BRITTO DA SILVA

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMETIMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena cominada ao delito do art. 33 da Lei 11.343/06.

2. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que, tratando-se a nova regra prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 de norma de caráter preponderantemente penal e, sendo mais benéfica, aplica-se imediata e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência, nos precisos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, independentemente da fase em que se encontrem, devendo a mitigação incidir sobre a sanção cominada na Lei 6.368/76. Precedentes da Sexta Turma do STJ e do STF.

3. Embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, ausente qualquer ilegalidade na não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois justificada na considerável quantidade de entorpecente apreendido - **2.800 gramas de cocaína na forma de crack** -, fator que, somado às circunstâncias do caso concreto, levaram a conclusão de que não se tratava de traficante ocasional, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicaria a atividades delituosas.

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

5. Ordem denegada.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **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 Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de março de 2012. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 216.630 - SP (2011/0200161-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : ÉRIKA DE VASCONCELLOS LIMA POMPEO - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : NILSON BRITTO DA SILVA

#### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de NILSON BRITTO DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento à Apelação n.º 0050699-37.2006.8.26.0114, interposta pela defesa, para fixar o regime inicial fechado, mantendo, no mais, a sentença que condenou o paciente à sanção de 3 (três) anos de reclusão, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que deveria ser aplicada à espécie a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em razão do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Observa que o paciente preencheria os requisitos para a incidência do referido redutor, por ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividade ilícita e não integrar organização criminosa.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

A liminar foi indeferida. Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.630 - SP (2011/0200161-5)

### 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 de reclusão**, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76, porque, no dia **31-8-2006**, teria sido flagrado guardando e mantendo em depósito *"para fins de traficância, a quantia aproximada de 2,800 g de cocaína na forma de 'crack', acondicionada em seis papелotes, confeccionados em plástico - auto de exibição e apreensão de fls. 10 e auto de constatação preliminar de fls. 12 - substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar"* (e-STJ fls. 15).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, ao qual foi dado parcial provimento, apenas para fixar o regime inicial fechado, mantido, no mais, o édito condenatório.

Relativamente à almejada aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, assim se posicionou a Corte impetrada:

*"Incabível a aplicação retroativa do privilégio criado pela nova lei. O apelante, que, ao ser preso, nem soube declinar o endereço residencial, não tem fonte de renda lícita, o que implica a permanente prática de atividade criminosa"* (e-STJ fls. 24).

Inicialmente, ressalvo meu posicionamento no sentido da possibilidade de aplicação dos ditames mais benéficos da nova Lei de Tóxicos aos fatos cometidos anteriormente à sua vigência, mesmo quando já transitada em julgado a sentença condenatória, à luz do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, constitucionalmente previsto (art. 5º, XL, da CF), e em observância ao que dispõe o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, assim redigido: *"A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado"*.

Prevê o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*§ 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.*

O crime definido no caput do art. 33 da nova legislação de tóxicos, é praticamente o mesmo pelo qual foi condenado o paciente - art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76 -, modificando o legislador tão somente as penas mínima e máxima cominadas abstratamente para o delito, que foram elevadas para 5 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

Evidente, destarte, que a nova causa de especial diminuição da reprimenda seria perfeitamente aplicável ao caso em exame, posto que se trata de norma de caráter preponderantemente penal, e, sendo mais benéfica, incide imediata e retroativamente aos crimes cometidos anteriormente a sua vigência, independentemente da fase em que se encontrem, inclusive com sentença transitada em julgado, já em sede de execução.

Nesse vértice é a lição de FERNANDO CAPEZ, ao comentar as hipóteses de aplicação de lei posterior, consoante o disposto no art. 2º e seu parágrafo único, do Código Penal, e no art. 5º, XL, da Carta Magna:

*"b) 'Novatio legis in melius': é a lei posterior (novatio legis) que, de qualquer modo, traz um benefício para o agente no caso concreto (in melius). A lex mitior (lei melhor) é a lei mais benéfica, seja anterior ou posterior ao fato. Quanto posterior, recebe o nome indicado neste item, significando nova lei em benefício do agente. Tanto na hipótese da abolitio criminis quanto na da alteração in melius, a norma penal retroage e aplica-se imediatamente aos processos em julgamento, aos crimes cuja perseguição ainda não se iniciou e, também, aos casos já encerrados por decisão transitada em julgado. Qualquer direito adquirido do Estado com a satisfação do jus puniendi é atingido pela nova lei, por força do imperativo constitucional da retroatividade da lex mitior (art. 5º, XL)" (Curso de Direito Penal, Parte Geral, 10ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55).*

A jurisprudência deste Superior Tribunal não diverge, leia-se:

**"CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 18, INCISO III, DA LEI N.º 6.368/76. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. ABOLITIO CRIMINIS. CAUSA DE AUMENTO AFASTADA DA CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NORMA DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. ORDEM CONCEDIDA.

"1- A nova Lei de Tóxicos revogou expressamente a causa de aumento de pena anteriormente disposta no art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, consistente na associação eventual para o tráfico configurando, assim, abolitio criminis.

"2- A aplicação retroativa da lex mitior é imperativo constitucional (artigo 5º, XL da Constituição da República e art. 2º do Código Penal), devendo, portanto, ser afastada da condenação do acusado, a referida causa de aumento de pena.

**"3- A Carta Magna não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna e o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, lei posterior de qualquer modo mais favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores.**

**"4- A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.**

"5- Ordem concedida, para reformar a dosimetria da pena imposta ao paciente, excluindo de sua condenação a majorante do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, decorrente da associação eventual para o tráfico, e determinar, ainda, que seja analisada a possibilidade de redução da reprimenda de um sexto a dois terços, com base no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (HC n. 83.716/SP, rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Quinta Turma, j. em 6-9-2007 - grifamos).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NORMA DE DIREITO PENAL MATERIAL. RETROATIVIDADE.

"1 - Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente diante do transporte, por longa distância, de grande quantidade de substâncias entorpecentes - 276,5 kg de maconha e 123 esferas de haxixe -, com observância do art. 59 do Código Penal, inexistente constrangimento ilegal.

"2 - É de rigor a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, haja vista tratar-se de norma de direito penal material que beneficia o réu, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma lei, disposição prejudicial - vedação à substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos -, tendo em conta o previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e no art. 2º, parágrafo único,





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*do Código Penal.*

*"3 - Ordem parcialmente concedida" (HC n. 88.114/MS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 12-11-2007).*

*"CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA.*

*"1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.*

*"2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6.368/1976 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/2006, não havendo óbice a essa solução por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.*

*"3. Ordem concedida" (HC n. 82.587/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 6-5-2008).*

Enfim, por ser a diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, norma penal posterior mais favorável, entendo que deve incidir em favor daqueles condenados por infração ao art. 12 da Lei n.º 6.368/76, e sobre a sanção cominada na antiga Lei Antitóxicos, vez que refuto a idéia de que o Juiz, ao aplicar princípio constitucionalmente previsto, que é o da retroatividade da lei nova mais benigna, estaria, no caso do art. 33, § 4º, criando uma terceira lei, sob pena de, assim considerando, negar vigência a preceito superior, contido na Constituição, e reproduzido na lei federal.

Mister destacar que a colenda Sexta Turma, julgando o *Habeas Corpus* n.º 90.350/SP, em voto paradigma, decidiu que é possível a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, feita sobre a pena cominada na Lei n.º 6.368/76, afastando ainda a hipótese de criação de uma terceira lei no caso, veja-se:

*"CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA E CONCEDIDA DE*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OFÍCIO PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PELO ABERTO, DESDE O INÍCIO.

**"É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.**

**"É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o crime de tráfico de drogas foi cometido na vigência da Lei 6368/76 e o apenado reúne os requisitos para sua obtenção.**

**"Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto" (HC n. 93.291/SP. rel. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJMG), j. em 25-3-2008).**

Esta egrégia Quinta Turma, entretanto, vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei n.º 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei n.º 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena cominada ao delito do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Nesse sentido:

**"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS. PENA CONCRETIZADA EM 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CRIME DE TRÁFICO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA A ACUSADA OU SENTENCIADA. [...]. ORDEM CONCEDIDA.**

**"1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.**

**"2. Embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal Brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a sua aplicação retroativa à aquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76, pois o Magistrado que assim procede está, em verdade, cindindo leis para criar uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída por via de interpretação.*

*"3. Na hipótese, o § 4o. faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.*

*"4. A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2o. do CPB e 5o., XL da CF/88), sem todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor à acusada ou sentenciada.*

*"[...].*

*"9. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer a paciente, [...]" (HC n. 96.242/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. em 20-5-2008 - o grifo é nosso).*

*"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. [...]. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CASO O APENADO SATISFAÇA OS REQUISITOS LEGAIS. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVAMENTO DA PENA DE MULTA. OPÇÃO PELO APENADO.*

*"[...].*

*"2. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.*

*"3. Encaixando-se a hipótese no disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos reduz-se para menos de 03 anos, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga. Já a pena de multa sofre um significativo aumento: passa de 50 para 166 dias-multa.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**"4. Nesse contexto, não se pode dizer, a priori, se a aplicação da lei nova é ou não mais gravosa, tendo em vista a discrepância quanto ao valor dos bens jurídicos protegidos: liberdade e patrimônio, restando, desse modo, como ultima ratio, a possibilidade de escolha pelo condenado, que deverá optar entre o regramento antigo e o atual.**

**"5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de origem examine a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, fixando, se for o caso, o percentual de redução (de 1/6 a 2/3), o qual deverá incidir sobre o caput do mesmo artigo, facultando-se, contudo, a opção entre o regramento antigo e o atual" (HC n. 83.146/DF, rel. Ministra LAURITA VAZ, j. em 27-3-2008 - negritamos).**

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

**[...]**

**"2. Praticado o delito em 5/11/04 – portanto, antes do advento das Leis 11.343/06 e 11.464/07 – e sendo a pena-base fixada no mínimo legal, o regime de cumprimento de pena deve ser o inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, possibilitando ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

**"3. Pela interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, verifica-se que a nova tipificação das condutas, anteriormente definida no art. 12 da Lei 6.368/76, tem como preceito secundário um espectro de pena que varia de 20 (vinte) meses a 15 (quinze) anos de reclusão.**

**"4. Sendo mais benéfica ao réu, a norma penal deve retroagir à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal (novatio legis in melius).**

**"5. Ordem concedida para reduzir a pena aplicada a 3 (três) anos de reclusão, estipular o regime aberto para o início do cumprimento da pena aplicada e possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, competindo ao Juízo das Execuções Criminais determinar as condições para a sua efetivação.**

**"Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Criminais analise se presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite da pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão" (HC n. 87.464/RS, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, j. em 13-12-2007 - grifamos)**

Não obstante, verifica-se que, *in casu*, foi negada ao paciente a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento **em razão da ausência de**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchimento dos requisitos legalmente exigidos para a concessão da **benesse**, pois, embora fosse primário e de bons antecedentes, a elevada quantidade de droga apreendida - **2,800 gramas de cocaína na forma de 'crack'** -, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, evidenciavam *"a permanente prática de atividade criminosa"* (e-STJ fls. 24), fatores que levaram a Corte originária, portanto, a concluir que não se tratava de um traficante ocasional, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicaria a atividades delituosas.

A propósito, 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, como já se decidiu:

*HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. PENA DEFINITIVA DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIALMENTE FECHADO. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O RÉU. PACIENTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS, SEGUNDO RECONHECIDO PELO JUIZ DA VEC. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO.*

**1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.**

**2. Tal dispositivo faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**3. No caso concreto, sua aplicação se mostra inviável, uma vez reconhecido, pelo Juiz da VEC, que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tanto assim que foi surpreendido com razoável quantidade de droga (20 pedras de crack e uma porção de maconha), que era comercializada por adolescentes, denotando atuação verdadeiramente organizada para a mercancia ilícita.**

4. Conclusão diversa demandaria o revolvimento de fatos e provas, providência vedada em sede de Habeas Corpus, que possui rito célere e pressupõe prova pré-constituída do direito alegado. Precedentes.

5. Parecer do MPF pela concessão do writ.

6. Ordem denegada, no entanto.

(HC 149.526/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011 - destacamos)

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 a Corte Estadual incidiu 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 rechaçou a sua incidência *in casu*, e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se o paciente 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 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)**

Ante o exposto, não verificada a apontada ilegalidade, **denega-se a ordem.**

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0200161-5

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 216.630 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 506993720068260114 993070907673 9972006

EM MESA

JULGADO: 27/03/2012

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : ÉRIKA DE VASCONCELLOS LIMA POMPEO - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : NILSON BRITTO DA SILVA

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.