



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 218.957 - ES (2011/0222563-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : ADAM COHEN TORRES POLETO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PACIENTE** : ANGELO GABRIEL MARTINS VAGO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CONDENAÇÃO. DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Inviável a aplicação, na espécie, da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 14 da Lei n. 6.368/76, o que demonstra a dedicação a atividades criminosas e a participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas e tampouco seria integrante de organização voltada à prática de crimes, 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.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE EXAME PELA CORTE ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT* NESSE PONTO.

1. A questão acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não ter sido debatida pelo Tribunal de origem, não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, 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



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, 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), 17 de abril de 2012. (Data do Julgamento).

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 218.957 - ES (2011/0222563-9)**

IMPETRANTE : ADAM COHEN TORRES POLETO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PACIENTE : ANGELO GABRIEL MARTINS VAGO

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ANGELO GABRIEL MARTINS VAGO contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que deu parcial provimento à Apelação n.º 024050273309, interposta pela defesa, para reduzir a reprimenda do paciente, restando sua sanção definitiva em **6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática das infrações penais capituladas nos arts. 12 e 14, ambos da Lei n.º 6.368/76.**

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 apesar do paciente preencher os requisitos para a incidência do redutor em seu patamar máximo.

Observa, ainda, que o sentenciado atenderia os critérios previstos no art. 44 do Código Penal para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ressalta que o Supremo Tribunal Federal já teria decidido pela inconstitucionalidade da vedação legal à conversão da sanção reclusiva por restritiva prevista na Nova Lei de Drogas.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo, bem como a conversão da sanção reclusiva por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.957 - ES (2011/0222563-9)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de **6 (seis) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 400 (quatrocentos) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei n.º 6.368/76**, porque no interior de um pacote endereçado ao paciente foi encontrado *"dois potes de máscara hidratante condicionante. Um dos potes tinha por conteúdo dois invólucros bem lacrados, em cujo anterior estavam acondicionados **466 (quatrocentos e sessenta e seis) comprimidos de Ecstasy e o outro continha apenas um invólucro, onde foram encontrados 388 (trezentos e oitenta e oito) pontos de LSD"** (e-STJ fls. 70), sendo que em seu poder foram apreendidos, ainda, *"mais 3 (três) comprimidos de Ecstasy e 01 (um) aparelho celular, marca Motorola, série D57NF6H3X"* (e-STJ fls. 70).*

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação criminal perante o Tribunal de origem, ao qual foi dado parcial provimento para reduzir a reprimenda do paciente, restando sua sanção definitiva em 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática das infrações penais capituladas nos arts. 12 e 14, ambos da Lei n.º 6.368/76.

Relativamente à almejada aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo Singular afastou a aplicação da benesse, aduzindo que:

*"Não vislumbro a possibilidade de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ante a ausência dos requisitos legais, tendo em vista a comprovação de que o réu integrava organização criminosa, circunstância impeditiva do benefício" (e-STJ fls. 107).*

A Corte Estadual, por sua vez, manteve o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sob os seguintes fundamentos:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*"Em tempo, esclareço que deixei de considerar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, uma vez que, muito embora não possam ser constatados os maus antecedentes dos apelantes, restou demonstrado nos autos que os mesmos integram uma associação criminosa voltada para o tráfico, tendo, por isso, sido condenados nas iras do art. 14 da Lei 6.368/76. Ora, é cediço que não fazem jus à diminuição da pena, nos termos do art. 33, § 4, do citado Diploma Legal, os condenados por associação para o tráfico.*

*[...].*

*Logo, ausente um dos requisitos autorizadores expressamente previstos, torna-se inviável a aplicação da norma, não podendo o julgador simplesmente ignorar tal disposição normativa. No caso em questão, restou demonstrado que há tempos os recorrentes vinham praticando o tráfico ilícito de entorpecentes, pertencendo a verdadeira organização criminosa, cujos integrantes uniam esforços para a distribuição das drogas, motivo pelo qual não fazem jus a reforma da sentença hostilizada" (e-STJ fls. 37 e 38).*

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:

*§ 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 ideia 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 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***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**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 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**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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.*

*"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 -*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 preenchimento dos requisitos legalmente exigidos para a concessão da benesse**, pois o paciente e os demais corréus *"integram uma associação criminosa voltada para o tráfico, tendo, por isso, sido condenados nas iras do art. 14 da Lei 6.368/76"* (e-STJ fls. 37), circunstância que demonstra a participação em organização criminosa especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de drogas e que se mostra suficiente para afastar a possibilidade de aplicação da almejada redução.

Nesse sentido, o seguinte julgado proferido em idêntico caso:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO QUE SE APLICA APENAS AOS CASOS DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

*I - A redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, aplica-se aos delitos definidos no caput e no §1º do art. 33, vedada a conversão em pena restritiva de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

***II - Desta forma, carece de qualquer amparo legal a tese do recorrente de que houve, eventualmente, violação ao art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, uma vez que aquele preencheria os requisitos legais para o reconhecimento da causa de diminuição de pena mencionada, já que, na hipótese, o recorrente foi condenado pelo delito de associação para o tráfico.***

*Recurso especial desprovido. (REsp n.º 1.178.001/DF, Rel. Min. Felix Fisher, julgado em 19-8-2010, DJe 20-9-2010)*

No mesmo norte, o julgado a ser colacionado da Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça:

***HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. INCIDÊNCIA RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.***

*1. É firme o entendimento desta Turma no sentido de que a causa de*

*diminuição insculpida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pode incidir nos crimes cometidos ainda na vigência da lei anterior.*

*2. Contudo, na hipótese, o Juízo de primeiro grau concluiu que a paciente integrava organização criminosa voltada para o comércio de*

*entorpecente, o que culminou com sua condenação pelo delito de associação para o tráfico, previsto, na época, no art. 14 da Lei nº 6.368/76.*

*3. Ordem denegada. (HC n.º 127.639/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 18-5-2010, DJe 7-6-2010)*

Desta forma, não se pode dizer que Corte de origem 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 ou se teria ligação com organizações 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)*

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se que a questão não foi debatida no aresto objurgado, sendo inviável o seu exame direto por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância, consoante reiterados julgados desta Corte.

A propósito, confira-se:

*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. DIREITO DE AGUARDAR O JULGAMENTO EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. OCORRÊNCIA. PEDIDO PREJUDICADO. 2. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E REGIME INICIAL ABERTO. TESES NÃO SUSCITADAS NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTES INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.

1. O pedido de aguardar o julgamento em liberdade fica prejudicado com o trânsito em julgado da ação penal.

2. O Superior Tribunal de Justiça não pode examinar as teses de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de modificação do regime inicial se não foram submetidas a exame das instâncias ordinárias, sob pena de supressão de instância.

3. Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate perante as instâncias inferiores.

4. A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada ao fato de que, conforme estabelecido no acórdão condenatório, são os pacientes pertencentes a organização criminosa, afastam a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

5. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC 131.285/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011).

Ante o exposto, **conhece-se parcialmente** do presente *writ* e, nesta extensão, **denega-se a ordem**.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0222563-9

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 218.957 / ES**  
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 24050273309

EM MESA

JULGADO: 17/04/2012

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : ADAM COHEN TORRES POLETO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : ANGELO GABRIEL MARTINS VAGO

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, 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.