



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.516 - PR (2010/0130352-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FABRÍCIO VON MENGDEN CAMPEZATTO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : EDUARDO DOS SANTOS CAETANO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/2 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a elevada quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do paciente (15 kg de maconha).

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, determinando-se ao Juízo das Execuções que analise o eventual preenchimento pelo paciente dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da substituição pretendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 20 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.516 - PR (2010/0130352-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Eduardo dos Santos Caetano**, apontando como autoridade coatora a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, ao julgar a Apelação Criminal n. 0002538-27.2009.404.7004/PR, negou provimento ao recurso ministerial e proveu o apelo defensivo para reduzir a reprimenda do paciente para 2 anos e 11 meses de reclusão, mais multa, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a reprimenda do paciente deveria ser reduzida no patamar máximo de **2/3**, em razão da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e não em 1/2, como realizado pelo Tribunal de origem.

Considera que, estando preenchidos todos os requisitos necessários ao reconhecimento da causa especial de diminuição em comento, mostra-se de rigor a diminuição da pena no patamar máximo legalmente previsto.

Sustenta, outrossim, que a pena privativa de liberdade deveria ser substituída por restritivas de direitos, ressaltando que a vedação à substituição da sanção reclusiva prevista no art. 44 da Lei de Drogas foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Requeru, liminarmente e no mérito, fosse a reprimenda do paciente reduzida em 2/3, em razão da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como fosse estabelecida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Em cumprimento ao despacho de fl. 55, o Juízo de primeiro grau prestou informações.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.516 - PR (2010/0130352-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 23/11/2009, policiais federais, em fiscalização no Rio Paraná, no Município de Guaíra/PR, abordaram uma balsa que fazia travessia entre o Paraguai e o Brasil, logrando apreender em poder do paciente aproximadamente **15 kg de maconha** (fl. 61).

Inconformados, o Ministério Público e a defesa interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido negado provimento ao recurso ministerial e provido o apelo defensivo a fim de reduzir a reprimenda do paciente para **2 anos e 11 meses de reclusão** e, de ofício, diminuir a pena pecuniária para pagamento de 291 dias-multa.

No que se refere ao *quantum* de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Juiz sentenciante entendeu devida a incidência do redutor de **1/3**, *considerando a quantidade de droga apreendida, que não é excessiva, contudo não deixa de ser significativa, bem como o fato de o réu ter dito que já realizou o mesmo ato em outra oportunidade* (fl. 74).

A Corte de origem, por sua vez, dando parcial provimento ao apelo defensivo, houve por bem alterar a fração de redução de pena para **1/2**, pelos fundamentos a seguir aduzidos (fl. 28):

[...] valorando o fato de não se ter comprovada a participação no grupo associado para a prática criminosa estável, agindo em um único momento criminoso de transporte da droga, ainda que internacional, a par da quantidade de droga apreendida, entendo deva ser alterado o *quantum* da minorante para metade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista para a redução de pena pela causa especial de diminuição em questão, este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que expressamente ordena que:

Art. 42. 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 entendimento adotado por este Superior Tribunal, *a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução* (AgRg no HC n. 145.989/RJ, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 6/12/2010).

Por essas razões, a partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de 1/2 de diminuição de pena, tendo em vista que foram apreendidos em poder do paciente aproximadamente **15 kg (quinze quilos) de maconha**, que teria como destino o comércio internacional, não se podendo olvidar do fato de o próprio acusado ter dito que já realizou o mesmo ato em outra oportunidade, consoante bem ponderou o Juiz sentenciante (fl. 74), circunstâncias que impedem a aplicação da minorante em questão no maior percentual previsto em lei, como pretendido.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REDUÇÃO EM PATAMAR ADEQUADO. QUANTIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA DROGA APREENDIDA.

[...]

II - No caso concreto, agiu acertadamente o Magistrado ao reduzir a reprimenda na fração de 1/2 (metade), ante a peculiaridade do caso, considerando, para tanto, a quantidade da droga apreendida (6,647 kg de maconha).

Ordem denegada.

(HC n. 168.45/MG, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 20/9/2010)

No que se refere à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o Juiz sentenciante entendeu inviável proceder-se à almejada permuta pelas razões a seguir aduzidas (fl. 75):

De acordo com os artigos 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/06, atualmente é expressamente incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Tribunal impetrado, por seu turno, manteve a negativa de substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos pelos seguintes argumentos (fl. 29):

[...]

Na vigente Lei n. 11.343/06, é expressamente vedada a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, ao que, no caso, se acresce ser indevida a conversão se pena superior a 4 (quatro) anos (art. 44, I, do Código Penal Brasileiro), igualmente se dando quanto ao descabimento de penas alternativas e do *sursis*.

[...]

Certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo.

Para melhor análise da questão *sub examine*, transcreve-se, por oportuno, o seguinte trecho, extraído do Informativo n. 598/STF:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente *habeas corpus* e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de *writ*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas (“Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional – v. Informativos 560, 579 e 597.

Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convalidação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas.

Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o *habeas corpus*.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões constantes dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006 pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Mas, para a substituição da sanção privativa de liberdade por penas alternativas, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da benesse, previstos no art. 44 do Código Penal, que estabelece que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Nesse sentido, a ordem deve ser parcialmente concedida nesse ponto, apenas para afastar a vedação contida nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar o eventual preenchimento pelo paciente dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da referida substituição, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem, apenas para afastar a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, determinando ao Juízo das Execuções que analise o eventual preenchimento pelo paciente dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da substituição pretendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0130352-2

HC 179.516 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200970040025384 25382720094047004 4922009

EM MESA

JULGADO: 20/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO EDUARDO BUENO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FABRÍCIO VON MENGDEN CAMPEZATTO - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : EDUARDO DOS SANTOS CAETANO (PRESO)

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.