



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 160.825 - SP (2010/0015979-4)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : ANTONIO FORTES DE PÁDUA NETO - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : EMERSON TEIXEIRA DA HORA

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE PRESO COM 60 GRAMAS DE "MACONHA" E 600 GRAMAS DE "COCAÍNA". PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, NO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. RESOLUÇÃO N.º 05/2012 DO SENADO FEDERAL. CRIME HEDIONDO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PACIENTE QUE NÃO FAZ JUS AO REGIME MENOS GRAVOSO NEM À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA PREVISTA NA LEI N.º 11.343/06. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA OU LESÃO À LIBERDADE LOCOMOÇÃO. NÃO-CABIMENTO DO *WRIT*. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONHECIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza, a variedade e a expressiva quantidade das substâncias apreendidas (60 gramas de "maconha" e 600 gramas de "cocaína") justificam a aplicação do redutor em seu grau mínimo, qual seja: 1/6.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso em apreço, tendo em vista que, embora se trate de réu primário, sua pena-base não foi fixada no mínimo legal, não tendo sido consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, não faz jus o Paciente ao regime intermediário. E, quanto à substituição da pena, embora não mais subsista o óbice legal, a pena restou concretizada em 04 anos e 10 meses de reclusão, razão pela qual não preenche, outrossim, o requisito objetivo para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

8. *"A via do habeas corpus não se presta para a discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa mínima cominada abstratamente ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que, em relação a essa matéria, não há nenhum risco à liberdade de locomoção do paciente, já que a pena pecuniária, acaso descumprida, não poderá ser convertida em sanção privativa de liberdade, nos termos do art. 51 do Código Penal. 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem."* (HC 162313/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 09/11/2011).

9. Ordem de *habeas corpus* conhecida em parte e, nessa extensão, 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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 160.825 - SP (2010/0015979-4)

IMPETRANTE : ANTONIO FORTES DE PÁDUA NETO - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : EMERSON TEIXEIRA DA HORA

### RELATÓRIO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de EMERSON TEIXEIRA DA HORA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Paciente, preso em flagrante com 60 gramas de "maconha" e 600 gramas de "cocaína", restou condenado, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 04 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado, e 485 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem houve por bem negar-lhe provimento, mantendo a condenação.

Alega o Impetrante, nas presentes razões, em suma, que o Paciente faz jus: (i) à redução máxima de 2/3 pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06; (ii) ao benefício da substituição das penas; (iii) ao afastamento da pena de multa estabelecida na novel legislação, por ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade. A ordem restou denegada.

Requer, assim, inclusive em sede liminar, seja aplicada a causa de diminuição capitulada no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, no importe de 2/3, substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bem assim declarada a inconstitucionalidade parcial do preceito secundário previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, "*a fim de que a pena de multa seja regulada nos termos dos arts. 49 e seguintes do Código Penal*" (fl. 15).

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 37/38.

As informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 44/48, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 160.825 - SP (2010/0015979-4)**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE PRESO COM 60 GRAMAS DE "MACONHA" E 600 GRAMAS DE "COCAÍNA". PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, NO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. RESOLUÇÃO N.º 05/2012 DO SENADO FEDERAL. CRIME HEDIONDO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PACIENTE QUE NÃO FAZ JUS AO REGIME MENOS GRAVOSO NEM À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA PREVISTA NA LEI N.º 11.343/06. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA OU LESÃO À LIBERDADE LOCOMOÇÃO. NÃO-CABIMENTO DO *WRIT*. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONHECIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza, a variedade e a expressiva quantidade das substâncias apreendidas (60 gramas de "maconha" e 600 gramas de "cocaína") justificam a aplicação do redutor em seu grau mínimo, qual seja: 1/6.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso em apreço, tendo em vista que, embora se trate de réu primário, sua pena-base não foi fixada no mínimo legal, não tendo sido consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, não faz jus o Paciente ao regime intermediário. E, quanto à substituição da pena, embora não mais subsista o óbice legal, a pena restou concretizada em 04 anos e 10 meses de reclusão, razão pela qual não preenche, outrossim, o requisito objetivo para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

8. *"A via do habeas corpus não se presta para a discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa mínima cominada abstratamente ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que, em relação a essa matéria, não há nenhum risco à liberdade de locomoção do paciente, já que a pena pecuniária, acaso descumprida, não poderá ser convertida em sanção privativa de liberdade, nos termos do art. 51 do Código Penal. 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem."* (HC 162313/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 09/11/2011).

9. Ordem de *habeas corpus* conhecida em parte e, nessa extensão, denegada.

### VOTO

#### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):**

Depreende-se dos autos que o Tribunal de origem reconheceu a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/07 e reduziu a pena no patamar mínimo legal, em 1/6, como se vê:

*''' [...] Passo à dosimetria das penas.*

*Respeitadas as diretrizes legais, fixo a pena-base 1/6 (um sexto) acima do patamar legal mínimo, em cinco anos e dez meses de reclusão. Isso porque grande foi a quantidade de cocaína apreendida (mais de meio quilo ou 392 supositórios), o que demonstra a maior censurabilidade da conduta do agente. Cediço que o tráfico desse tipo de substância gera efeitos devastadores e permanentes em nossa sociedade, tirando a tranquilidade de famílias, minando a saúde e a vida das pessoas.*

*Sendo o réu tecnicamente primário (fls. 41 e 73) e pelo que consta não integrante de organização criminosa, incide a causa de diminuição do artigo 33, parágrafo quarto da mesma lei, no piso legal mínimo de 1/6 (um sexto), haja vista a gravidade do delito praticado e a quantidade considerável de cocaína encontrada com o agente. Total da pena corporal: quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão.*

*[...]*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o fechado, a teor do artigo 2.º, parágrafo primeiro da Lei Federal 8.072/90 (crime equiparado a hediondo).*

*A pena de multa, observadas as mesmas circunstâncias, fica em quatrocentos e oitenta e cinco dias-multa, cada qual no piso legal mínimo." (fls. 20/24)*

O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de 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**" (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas de modo adequado.

Não se trata de violação ao princípio do *ne bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, no primeiro momento da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico, os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer o percentual de redução a ser aplicado, razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

No mesmo sentido, confirmam-se as seguintes ementas:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/3. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, a grande quantidade da droga apreendida - 65,08 kg de maconha -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. Ordem denegada." (HC 173.757/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2011.)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA NOVEL LEI DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.*

*I. O artigo 42 da Lei de Drogas preleciona que na aplicação da pena-base deverá o Juiz sopesar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a quantidade e natureza da droga apreendida.*

*II. Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína e do "crack" em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes.*

*III. Quantidade expressiva de droga apreendida - 45 porções de cocaína e 312 de "crack" - que autoriza a exacerbação da pena acima do piso legal, sem que se verifique a ocorrência de constrangimento ilegal.*

*IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.*

*III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.*

*IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.*

*V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.*

*VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator." (HC 179.086/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 14/04/2011.)*

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza, a variedade e a expressiva quantidade das substâncias apreendidas – 60 gramas de "maconha" e **600 gramas de "cocaína"** (fl. 20) – , justificam a aplicação do redutor em seu grau mínimo.

A propósito, vejam-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

*"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.*

*1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.*

2. O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime.

3. Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços).

4. Habeas corpus *denegado*." (STF, HC 100.755/AC, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 07/05/2010.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). UTILIZAÇÃO DAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM DUAS DAS TRÊS FASES DA DOSIMETRIA. INOCORRÊNCIA. REPRIMENDA ADEQUADA PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE SE AVALIAR, NA VIA DO HABEAS CORPUS, QUAL SERIA A PENA ADEQUADA AO FATO PELO QUAL FORAM CONDENADOS OS PACIENTES. ORDEM DENEGADA.

I - Tenho que o magistrado não se utilizou das mesmas circunstâncias judiciais (quantidade e qualidade da droga) para fixar as penas-bases dos pacientes e, em ato posterior, diminuí-las no patamar mínimo (1/6), decorrente da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena liberdade de aplicar a redução no patamar conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo.

III - O habeas corpus não pode ser utilizado como forma de se verificar qual a pena adequada para os delitos pelos quais o paciente foi condenado, uma vez que representaria um novo juízo de reprovabilidade.

IV - *Ordem denegada*." (STF, HC 102.487/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 17/06/2010; sem grifos no original.)

Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

Busca, ainda, a Impetrante seja alterado do regime prisional e convertida pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Quanto ao alegado direito à substituição da reprimenda corporal, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

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

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

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

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

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.*

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

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira:

**"PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO. PENA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.**

*1. Diante do quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal.*

*2. "A vedação da substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 conflita com o princípio da individualização - Habeas Corpus nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apreciado no Plenário, com julgamento finalizado em 1º de setembro de 2010" (HC-101.205, STF, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe de 8/10/2010.)*

*3. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.*

*4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 121.111/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI – Desembargador convocado do TJ/SP, DJe de 17/12/2010; sem grifo no original.)*

**"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO NA NOVA LEI DE DROGAS. INTEGRALIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS. HC N.º 97.257/RS. AUSÊNCIA DE CÔMPUTO DA MAJORANTE. OMISSÃO VERIFICADA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.**

*1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a nova Lei de Tóxicos pode ser aplicada aos delitos de tráfico ilícito de drogas cometidos sob a égide do antigo diploma legal, desde que na sua integralidade.*

*2. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*integrar organizações criminosas. Reconhecidas tais circunstâncias, é imperiosa a aplicação da aludida minorante.*

3. Na hipótese, preenchidos os requisitos legais, deve ser aplicada a causa de diminuição no seu patamar máximo (2/3), conforme já afirmado no acórdão ora embargado, levando-se em consideração que foram apreendidos 13,22 g (treze gramas e vinte e dois decigramas) de "maconha".

4. O Paciente foi condenado, como incurso no art. 12, caput, c.c. o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, tendo sido mantida a majorante no art. 40, inciso III, da nova Lei de Drogas. Desse modo, faz-se necessário o cômputo dessa causa de aumento na pena reformada pelo acórdão embargado.

5. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06.**

6. Assim, no caso em apreço, levando-se em conta a nova orientação perfilhada no Pretório Excelso, deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos fixados pela Corte de origem.

7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, nos termos explicitados." (EDcl no HC 122.269/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 22/11/2010; sem grifo no original.)

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

**"RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.**

*Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*

**O Senado Federal resolve:**

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

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

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Confira-se a ementa do julgado:

**"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.**

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

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

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

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado."

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5.º, inciso



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

XLVI, da Constituição Federal, porquanto cabe ao Magistrado individualizar a irrestritamente a reprimenda do condenado, conforme o caso concreto. No ponto, cumpre transcrever os fundamentos do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

*"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07. (negrito nosso)"*

Sendo assim, consoante orientação da Corte Suprema, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

No caso em apreço, tendo em vista que, embora se trate de réu primário, sua pena-base não foi fixada no mínimo legal, não tendo sido consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, não faz jus o Paciente ao regime intermediário. E, quanto à substituição da pena, embora não mais subsista o óbice legal, a pena restou concretizada em 04 anos e 10 meses de reclusão, razão pela qual não preenche, outrossim, o requisito objetivo para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Por fim, relativamente à pena de multa, compulsando os termos da condenação, verifica-se que o *quantum* da pena seguiu os preceitos legais aplicáveis à espécie, na medida em que observado o acréscimo na primeira fase, bem como a redução, de 1/6, na terceira fase da aplicação da pena, resultando em 485 dias-multa, abaixo da pena mínima legal prevista para o delito, qual seja: 500 dias-multa.

No que diz respeito à alegada ofensa ao princípio constitucional da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proporcionalidade do preceito secundário previsto do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, a título de pena de multa, o writ não merece ser conhecido, na medida em que não evidenciado qualquer risco à liberdade de locomoção, sequer indiretamente.

Nesse sentido:

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO.*

*1. Inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ao condenado expressamente reconhecido como reincidente.*

*2. Não caracteriza bis in idem a utilização da reincidência tanto na segunda fase da dosimetria, como circunstância agravante, quanto na terceira, para negar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, visto que se trata de efeitos diversos do instituto jurídico da reincidência, sopesados em momentos distintos da aplicação da pena e com finalidades diversas, objetivando a aplicação da reprimenda que se mostre a mais adequada e suficiente para a prevenção e reprovação do delito perpetrado.*

*3. A via do habeas corpus não se presta para a discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa mínima cominada abstratamente ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que, em relação a essa matéria, não há nenhum risco à liberdade de locomoção do paciente, já que a pena pecuniária, acaso descumprida, não poderá ser convertida em sanção privativa de liberdade, nos termos do art. 51 do Código Penal.*

*4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem." (HC 162313/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 09/11/2011.)*

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do habeas corpus e, nessa extensão, DENEGO a ordem.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0015979-4

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 160.825 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2882008

5640120080050046

990080874594

EM MESA

JULGADO: 04/09/2012

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : ANTONIO FORTES DE PÁDUA NETO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : EMERSON TEIXEIRA DA HORA

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 Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.