



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 168.935 - RJ (2010/0065733-5)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : **AGENOR GOMES PINTO NETO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PACIENTE : **FABRICIO PAINS DE OLIVEIRA**

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO 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 MAGISTRADO SINGULAR, NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO PRETÓRIO EXCELSO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, a quantidade da droga apreendida – 464g de "maconha" – justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

3. Não havendo ilegalidade patente 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. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

5. 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 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encarceramento. Precedentes deste Tribunal e da Suprema Corte.

6. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão da apelação a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 03 de maio de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.935 - RJ (2010/0065733-5)

IMPETRANTE : AGENOR GOMES PINTO NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FABRICIO PAINS DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FABRICIO PAINS DE OLIVEIRA, preso em flagrante delito e condenado pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento à apelação defensiva.

No presente *writ*, requer o Impetrante, em suma, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu grau máximo; a fixação do regime prisional aberto; e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou, "*adequada a reprimenda, aplicar o sursis*". (fls. 20/21)

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 94.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 101/111, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.935 - RJ (2010/0065733-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO 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 MAGISTRADO SINGULAR, NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO PRETÓRIO EXCELSO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, a quantidade da droga apreendida – 464g de "maconha" – justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

3. Não havendo ilegalidade patente 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. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

5. 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 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes deste Tribunal e da Suprema Corte.

6. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão da apelação a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

VOTO

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

De início, no que diz respeito à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu grau máximo, cumpre ressaltar que o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresse 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"**. Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar, de modo adequado, a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

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, na primeira etapa 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 em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS).

1. É certo que o Magistrado pode, fundamentadamente, estabelecer o quantum da redução dentre os patamares previstos na lei, tanto que o art. 42 da Lei n.º 11.343/06, 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. No caso, a quantidade de droga apreendida em poder do paciente – 8,89 gramas de cocaína – não se mostra exacerbada a fundamentar a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em grau mínimo. Daí a ocorrência de constrangimento ilegal.

3. Consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais e se tratando de apreensão de pequena quantidade de droga, imperiosa a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redução de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços) previsto na referida minorante.

4. Ordem concedida para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo, conseqüentemente, a reprimenda imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa." (HC 131.265/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 01/03/2010.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Correta a aplicação da minorante em seu patamar mínimo, com fundamento na expressiva quantidade de droga apreendida, sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, que a reprimenda é necessária e suficiente para reprovação do crime, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Precedente.

3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na fixação da reprimenda, devidamente fundamentada, nos termos do art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

4. Ordem denegada." (HC 133.277/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 15/06/2009.)

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade da droga apreendida – 464 gramas de "maconha" (fl. 47) –, conforme ponderado pelo Juízo sentenciante, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 convalidação 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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

No que diz respeito ao regime de cumprimento da pena – não obstante o regime inicial fechado seja imposto 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 –, a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do referido HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, impõe-se, neste caso, a adequação também do regime, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, com a fixação de regime prisional mais brando, compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.

Nesse sentido, já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

"Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida." (STF, HC 105.779/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 21/02/2011.)

E também este Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

III. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.

IV. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como à adequação do regime prisional.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 196.199/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 05/04/2011, acórdão pendente de publicação.)

Cumpre reprisar a advertência oportunamente levantada pelo eminente Ministro Gilson Dipp, por ocasião do julgamento acima referido:

"Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que se inicie o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07, mas tão somente de adequar, afastando qualquer incongruência, a aplicação da pena e do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Desta forma, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições."

No caso em apreço, tendo em vista tratar-se de réu primário, de bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, com aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, preenche o ora Paciente os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, por conseguinte, faz jus ao regime inicial aberto.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para, mantida a condenação, reformar o acórdão da apelação a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0065733-5

HC 168.935 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070140168713 200905001861

EM MESA

JULGADO: 03/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AGENOR GOMES PINTO NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FABRICIO PAINS DE OLIVEIRA

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.