



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.870 - RJ (2012/0116540-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MÍDIÁ DE SOUZA OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor de 2/5 (dois quintos), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade de droga apreendida com a paciente - 130 cápsulas contendo cocaína.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Inviável acoimar de ilegal a negativa de permuta quando a culpabilidade e as circunstâncias em que cometido o delito, dadas a natureza e quantidade de droga apreendida na posse da agente, indicarem que a conversão da sanção reclusiva não se mostraria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente.

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA INFRAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. MODO SEMIABERTO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Não obstante a sanção tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o modo fechado está justificado em razão da gravidade concreta da infração, dada a quantidade e a natureza do tóxico apreendido e demais circunstâncias que envolveram a prisão.

3. 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 taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.870 - RJ (2012/0116540-2)

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MIDIÃ DE SOUZA OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de MIDIÃ DE SOUZA OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negou provimento à Apelação nº 0000254-71.2011.8.19.0037, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou a paciente à reprimenda de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que o sentenciante teria escolhido a fração de 2/5 para a redução de pena pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 sem qualquer consideração ou justificação, salientando que a paciente preencheria os requisitos para a aplicação do redutor no patamar máximo.

Alega que, com o reconhecimento do tráfico privilegiado, não haveria óbice à fixação de regime menos gravoso, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requeru, liminarmente e no mérito, que fosse aplicado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 no patamar máximo, fixado o regime menos severo, e convertida a sanção reclusiva em restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela "*extinção do writ sem resolução do mérito*", sob o entendimento da inviabilidade da utilização do *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus como sucedâneo do recurso devido - especial - e também porque para concluir-se pela ilegalidade na escolha da fração de redução pelo disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, seria necessário o revolvimento do material fático-probatório, providência incabível na via eleita, *"ou pela concessão parcial da ordem, somente para que seja possibilitada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se cumpridos os requisitos do art. 44 do Código Penal"* (fls. 229).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.870 - RJ (2012/0116540-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que a paciente foi condenada em primeira instância à sanção de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito do art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porque no dia 29-1-2011, foi flagrada na posse de **92g (noventa e dois gramas) de cocaína, acondicionada em 130 (cento e trinta) cápsulas** que se encontravam dentro de saquinhos plásticos na cor preta com a inscrição "*capa preta pó de 10*" (fls. 12).

Inconformada a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso, mantida, na íntegra, a sentença condenatória.

Quanto à pretendida aplicação da minorante insculpida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3 (dois terços), cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, "[...] se o legislador não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição, impõe-se como critério a observância das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, como também, e com preponderância, as dispostas no art. 42 da Lei Antidrogas. **Assim, 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.º 145.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP -, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010).

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena 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, a personalidade e a conduta social do agente"*.

In casu, verifica-se que o juiz sentenciante entendeu devida a incidência da menor fração legalmente prevista, qual seja, 2/5 (dois quintos), sob o argumento de que *"não há prova adequada de que a acusada estivesse associada para a prática do crime de tráfico. Considerando assim as circunstâncias do caso concreto e a culpabilidade da acusada, reduziu a pena anteriormente aplicada em dois quintos passando a mesma ao patamar de três anos de reclusão e trezentos dias-multa"* (fls. 97).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterado o *quantum* de redução de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, sob os seguintes fundamentos:

No mais, a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da lei de drogas foi corretamente fixada na sentença em 2/5.

Na hipótese, embora não tenha havido prova robusta acerca da associação para a prática do crime de tráfico - o que afastaria por inteiro a aplicação do parágrafo 4º do artigo 33 -, certo é que a apelante foi encontrada com vários papелotes já enrolados de cocaína, com a inscrição "capa preta pó de 10".

Assim, e da mesma maneira, também não pode ser confirmada a tese de traficância eventual, o que nos faz crer que o patamar fixado pelo juiz foi bem lançado em 2/5. (fls. 181/182)

Na escolha da fração de redução considerou o sentenciante, portanto, a maior reprovabilidade da conduta da paciente, haja vista a quantidade e natureza da droga consigo encontrada - 130 cápsulas contendo cocaína - fator que inclusive levou-o a aumentar a sua reprimenda na primeira etapa da dosimetria, como se vê da leitura da condenação, *verbis*:

A ré não deve ter sua pena arbitrada no mínimo legal pela aplicação do artigo 59 do Código Penal c/c arts. 42 e 58, § 1º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista que sua culpabilidade se mostrou diferenciada na espécie, posto que foi presa em poder de cocaína [...].

Levando-se em conta que o mínimo cominado ao delito é de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cinco anos e quinhentos dias-multa, diante do que ora foi exposto, fica a pena-base da ré em seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa. (fls. 96)

Por essas razões, não se pode considerar carente de fundamentação ou ilegal a sentença condenatória no ponto em que deixou de aplicar o *quantum* máximo de redução de pena insculpido no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, nem do acórdão impugnado no ponto em que a manteve, tendo em vista que **a natureza e a quantidade de droga apreendida**, bem como as demais circunstâncias do caso concreto, justificam a aplicação de fração da redução inferior ao maior patamar legalmente previsto, sobretudo em razão da nocividade da substância entorpecente capturada, pois, consoante restou apurado, a paciente *"tinha em seu poder **cento e trinta sacolés de cocaína** em um conhecido ponto de venda de drogas"* (fls. 96).

No que se refere à alegação de que seria possível a conversão da sanção reclusiva em restritiva de direitos, bem como a fixação de regime inicial mais brando para o início do cumprimento da reprimenda imposta, da leitura da sentença condenatória verifica-se que o Juízo singular negou a permuta, impondo ainda o modo inicial fechado para o cumprimento da sanção, considerando o que segue:

Assim, sem mais acréscimos ou diminuições, torno definitiva a pena privativa de liberdade em três anos de reclusão, que deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado, e trezentos dias-multa, a ser calculada no mínimo legal, conforme dispõe o art. 43 da lei 11.343/06.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade assim como a suspensão condicional da pena, seja em razão do que dispõe o art. 44, inciso III, parte final do CP, seja por conta do que dispõe o art. 44 da Lei nº 11.343/06. (fls. 97)

A Corte Estadual entendeu inviável proceder-se à permuta, mantendo ainda o regime inicial fechado para o desconto da reprimenda, assim justificando:

Quanto à pretensão da apelante de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, inexistente tal possibilidade diante da vedação expressa no artigo 44, da lei n. 11.343/2006. Inclusive, tem-se como incompatível com o regime de cumprimento inicial da pena.

Por fim, não bastassem as razões acima expostas, os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena restritiva de direito não estão presentes [...]. (fls. 182)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É certo que, embora inicialmente esta Quinta Turma tenha adotado o entendimento de que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a vedação expressa contida no art. 44 da aludida norma (nesse sentido: *HC 154.799/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 27/09/2010; HC 146.032/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 13/09/2010*), em 1º de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 da novel Lei de Drogas, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Ayres Britto.

Aliás, o Senado Federal, através da Resolução n. 5, de 15-2-2012, suspendeu a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/6, dada a declaração de inconstitucionalidade aludida, dando cumprimento ao previsto no art. 52, X, da CF/88.

Ora, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões dos arts. 33, § 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, e observada a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de parte do art. 33, § 4º, da Lei citada, por força do art. 52, X, da CF/88, afigura-se possível, em princípio, a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da novel Lei Antidrogas.

Mas, para proceder-se à substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, necessário o preenchimento, pela paciente, das condições objetivas e subjetivas exigidas à concessão da benesse, previstas no art. 44 do CP.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que a conversão da pena reclusiva por medidas alternativas foi negada não somente em razão da vedação legal ao benefício, mas diante do não preenchimento dos requisitos subjetivos legalmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exigidos, descritos no art. 44, III, do CP, uma vez que a culpabilidade e as circunstâncias em que cometido o delito, dadas a natureza e quantidade de droga apreendida na posse da agente, indicaram que a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito em exame.

Nesse norte, o seguinte precedente, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. PACIENTES CONDENADOS A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO E SESENTA DIAS MULTA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONVERSÃO DE PENA NÃO RECOMENDÁVEL.

1. Não é possível, nesta sede, desconstituir o decidido pela Corte de origem, a qual, em acórdão suficientemente motivado, entendeu tratar-se o caso de tráfico de drogas, não de porte para consumo.

2. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

3. No caso, os pacientes são primários e lhes foi desfavorável apenas uma circunstância judicial, isto é, a culpabilidade. Por isso, tem-se por razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto, suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

4. Mesma sorte não lhes assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a quantidade de droga apreendida não recomenda o benefício.

5. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 144.476/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 14/02/2011 - destacamos)

Assim, inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão da Corte Estadual que entendeu não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a permuta.

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado, de se observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, de ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

E, em assim sendo, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que fixou o modo fechado para o início do cumprimento de pena, pois, embora a reprimenda da paciente tenha sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, há circunstância judicial desfavorável, mostrando-se razoável a imposição do modo mais gravoso no caso, diante da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida e demais circunstâncias que envolveram a prisão em flagrante, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, observado o disposto no art. 42 da nova Lei de Drogas.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0116540-2

HC 244.870 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2547120118190037 38201512011 522011

EM MESA

JULGADO: 28/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MÍDIA DE SOUZA 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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.