



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.849 - RJ (2010/0113221-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEX SANDRO CELESTINO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIMINUIÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO). NATUREZA, DIVERSIDADE, QUANTIDADE DE DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. 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. Não há ilegalidade na aplicação do patamar de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n.º 11.343/06 e 59 do CP, tendo em vista a quantidade, a natureza da substância entorpecente apreendida e as circunstâncias do fato criminoso.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. *SURSIS*. CONTINUIDADE DA VEDAÇÃO. CONSTRANGIMENTO SOMENTE EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A gravidade abstrata do delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido, para afastar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta.

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 do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.849 - RJ (2010/0113221-9)

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEX SANDRO CELESTINO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI(Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de ALEX SANDRO CELESTINO contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que deu parcial provimento à Apelação n.º 0003994-64.2007.8.19.0041, interposta pela defesa, para reduzir a pena-base e aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, restando a sanção definitiva do paciente em **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, caput, da Lei de Drogas.**

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que deveria ter sido aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requerem a concessão da ordem constitucional, para que seja aplicada ao paciente a redução máxima prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, bem como seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 151 a 154).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.849 - RJ (2010/0113221-9)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI(Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo consta da denúncia, "os denunciados **HABBUD MHEREB FILHO, DENISE MEIRELLES CAMARGO, LUCIANDO FRANK DE OLIVEIRA e ALEX SANDRO CELESTINO**, agindo de forma consciente e voluntária, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente, o crime descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, entre Estados distintos da Federação. [...] nas mesmas condições de tempo e local supra referidas, o denunciado **ALEX SANDRO CELESTINO**, de forma consciente e voluntária, tinha em depósito e guardava, com finalidade de traficância entre Estados distintos da Federação, 10,95 g (dez gramas e noventa e cinco centigramas) de Cloridrato de Cocaína, no formato de pequenas pedras, sendo esta substância entorpecente, consoante laudo de exame prévio acostado a fls. 36, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.[...] Rumaram todos, destarte, para a pousada na qual estava **ALEX** hospedado, tendo este sido abordado quando saía do quarto n.º 14, local em que foi encontrada a vasta quantidade de droga descrita no respectivo parágrafo supra, tendo **ALEX** afirmado que havia adquirido os entorpecentes do denunciado **LUCIANO**, tendo aquele sido preso em flagrante delito. [...]" (e-STJ fls. 11 e 13 grifos no original)

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento, tão somente para reduzir à pena para **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**.

Relativamente ao *quantum* de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o juiz sentenciante fixou em 1/3 (um terço) a fração de redução da pena, sob a seguinte fundamentação:

" Diante da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, reduzo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 1/3 (um terço) as penas até então encontradas, eis que não há elementos suficientes a se concluir que se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa." (e-STJ fls. 53)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve a fração de redução imposta no édito condenatório, aduzindo, para tanto, que *"reduzo às penas de LUCIANO e ALEX para o mínimo legal de 05 anos de reclusão e multa de 500 dias, que reduzo de 1/3 na forma adotada na sentença e não combatida pelo Ministério Público, acomodando-a em 03 anos e 04 meses de reclusão e multa de 340 dias."* (e-STJ fls. 76)

Cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução da reprimenda pela causa especial em questão, esse Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que: *"Se o legislador da Lei n.º 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas"* (HC n.º 118.098/RS, Relator(a) Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 9-12-2008).

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 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"*.

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que manteve em 1/3 (um terço) o *quantum* de redução de pena insculpido no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que a natureza, a quantidade de droga apreendida e as circunstâncias do fato justificam a aplicação de fração da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redução no patamar estabelecido, ou seja, 1/3 (um terço).

Nesse sentido, o seguinte precedente:

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 TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PATAMAR DE 1/2 (METADE). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS 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. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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 quantidade da droga apreendida - 14 porções de crack -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo.

4. 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.

5. 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.

6. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

(HC 162.106/MG, Rel. MIN. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 10/10/2011)

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, o Tribunal *a quo* entendeu inviável proceder-se a permuta, tendo em vista a vedação legal e as circunstâncias da prisão.

É certo que, inicialmente, esta Quinta Turma adotou 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*).

Contudo, 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.

Ora, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões dos arts. 33, § 4º e 44, ambos da Lei n.º 11.343/06, pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, afigura-se possível, a 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, pelo paciente, das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da benesse, previstas no art. 44 do CP.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que foi negada ao paciente a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos também em razão da gravidade abstrata do delito cometido, argumento que, segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, não constitui, por si só, motivação idônea a ensejar a negativa de permuta.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO DA LEI N.º 10.409/2002. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE ALEGAÇÃO OPORTUNA. PRECLUSÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

3. A tão-só gravidade genérica do delito constitui fundamento insuficiente para negativa do pedido de substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos.

4. Ordem concedida parcialmente, apenas para deferir a substituição

da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, na modalidade e condições a serem fixadas pelo Juízo da Vara das Execuções Penais. (HC n.º 75.210/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13-10-2009, DJe 14-12-2009) (grifos nossos)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (LEI DE TÓXICOS). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 44 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar o indeferimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos no art. 44 do CP. (Precedentes).

III - Embora já esteja em vigor o dispositivo legal que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico (art. 44, **caput**, da Lei nº 11.343/2006), ele não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que se trata de **lex gravior**, incidindo, portanto, somente aos casos ocorridos após a sua vigência.

Writ concedido. (HC 80.395/SP, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 08/10/2007.)

Desta forma, ausente qualquer empecilho legal para a substituição, deve a ordem ser concedida parcialmente nesse ponto, apenas para afastar a vedação contida nos arts. 33, § 4º e 44 da Lei n.º 11.343/06, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar o preenchimento das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da referida substituição, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Ante o exposto, concede-se a parcialmente a ordem, para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0113221-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 176.849 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070410039989 39946420078190041

EM MESA

JULGADO: 15/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ALEX SANDRO CELESTINO

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.