



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.511 - SP (2012/0144835-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO STOPIELLO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.ºs 440 DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a considerável quantidade de droga apreendida – 46 (quarenta e seis) porções de cocaína, 51 (cinquenta e uma) outras na forma de crack, 42 (quarenta e duas) porções de maconha e 9 (nove) comprimidos de ecstasy – justifica a não aplicação do redutor inserto no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

2. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "*A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.*" (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche o requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, afastada a obrigatoriedade do regime fechado, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Brasília (DF), 16 de abril de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.511 - SP (2012/0144835-0)

IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO STOPIELLO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCELO STOPIELLO – condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação n.º 0010295-63.2011.8.26.0050.

Alega a Defesa, em suma, que *"não há fundamento legal para deixar de aplicar a causa redutora de pena, nos moldes do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n.º 11.343/06"* (fl. 05).

Aduz que *"[é] absolutamente incompatível a aplicação da pena mínima e ao mesmo tempo estipular um regime de descumprimento de pena mais severo"* (fl. 11).

Requer, assim, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas e, afastado o óbice do referido artigo, a fixação do regime aberto para início do cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 42.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 51/70, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 74/78, opinando pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.511 - SP (2012/0144835-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.ºS 440 DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a considerável quantidade de droga apreendida – 46 (quarenta e seis) porções de cocaína, 51 (cinquenta e uma) outras na forma de crack, 42 (quarenta e duas) porções de maconha e 9 (nove) comprimidos de ecstasy – justifica a não aplicação do redutor inserto no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

2. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, *"A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas."* (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche o requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, afastada a obrigatoriedade do regime fechado, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

VOTO

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

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, porque, no dia 11/02/2011, foi preso em flagrante delito com *"46 porções de cocaína, 51 outras na forma de crack, 42 porções de maconha e 9 comprimidos de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ecstasy, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar" (fl. 22).

Na presente impetração, busca-se, em síntese, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas e, afastado o óbice do referido artigo, a fixação do regime aberto para início do cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A Corte de origem decidiu a questão nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...] a regra prevista no art. 42, da lei de drogas, que dispõe que na fixação das penas, não são só as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, que devem ser consideradas, mas também a quantidade de droga apreendida.

Desta forma, tendo em vista que a quantidade de entorpecentes apreendida é grande, suficiente para viciar várias pessoas, não faz o réu jus ao benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena para o delito de tráfico de entorpecentes, em face dos incisos I e III, do art. 44 do Código Penal.

Por outro lado, o regime inicial fechado é mesmo o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Isso porque o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso" (fls. 36/37).

Como se vê, o acórdão impugnado entendeu que a quantidade da droga apreendida em poder do Paciente – 46 (quarenta e seis) porções de cocaína, 51 (cinquenta e uma) outras na forma de crack, 42 (quarenta e duas) porções de maconha e 9 (nove) comprimidos de ecstasy –, evidencia o seu grau de envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já consignou que a quantidade da substância entorpecente é apta a caracterizar a dedicação do réu à atividade criminosa e, portanto, afastar a incidência da minorante em questão. Confira-se:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO

1. O entendimento deste Supremo Tribunal é de não ser possível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico de cada qual das leis. Precedentes.

2. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas.

3. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.

4. O habeas corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus ao qual se nega provimento." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010; sem grifo no original.)

No mesmo sentido, o seguinte julgado desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que, comprovadamente, faz parte de organização criminosa, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada." (HC 148.331/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010.)

Desse modo, não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, não faz jus o Paciente à aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

No tocante ao regime de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial de cumprimento de pena, **o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.**

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS PREENCHIDOS. APLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena nele prevista, o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique a atividades delituosas e nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese, considerando que o Paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação da minorante e tendo em vista a quantidade da droga apreendida - 3,2 g (três gramas e dois decigramas) de "cocaína" -, deve ser aplicado o redutor no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime.

3. O Plenário do Pretório Excelso, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime prisional inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. No caso, considerando o quantum de pena estabelecido, bem assim a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal.

5. A proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos foi afastada pelo Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, o que ensejou a 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 11.343/2006.

6. Na hipótese, o Paciente preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem de habeas corpus concedida para, mantida a condenação do Paciente, estabelecer sua pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixando o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das Execuções Criminais, bem assim para substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo mesmo Juízo." (HC 257.381/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012.)

Na hipótese, verifica-se a partir das transcrições do acórdão impugnado que a imposição do regime prisional fechado não apresentou motivação idônea, limitando-se a afirmar a Corte de origem que *"o regime inicial fechado é mesmo o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/2007"* (fl. 36/37).

Outrossim, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, 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 11.343/2006.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche o requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, afastada a obrigatoriedade do regime fechado, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0144835-0

HC 248.511 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 102956320118260050 50110102959

EM MESA

JULGADO: 16/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ODIM BRANDÃO FERREIRA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO STOPIELLO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).