



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 235.528 - ES (2012/0047851-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**ADVOGADO** : RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PACIENTE** : JOSIMAR STINGHEL LIMA  
**ADVOGADO** : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDUTA SOCIAL, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS. DESFAVORABILIDADE BASEADA EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. ILEGALIDADE. CULPABILIDADE. ELEVADA REPROVABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A CONCLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/06. PEQUENA QUANTIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Constitui evidente constrangimento ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto com base em elementares próprias dos tipos penais infringidos.

3. Não é dado ao julgador elevar a reprimenda básica por considerar elevada a reprovabilidade da conduta do agente sem, contudo, tecer qualquer argumentação concreta que leve a essa conclusão.

3. Embora tenha sido justificada a necessidade de se impor maior reprimenda ao paciente com base na diversidade, natureza lesiva e na quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, foram capturadas apenas 75 gramas de maconha e 2 gramas de *crack*, o que autoriza o aumento da reprimenda sob esse fundamento, mas não no patamar estabelecido.

REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF DAS NORMAS QUE VEDAVAM A SUBSTITUIÇÃO E IMPUNHAM O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS. CRIME COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA A PESSOA. FIXAÇÃO DO MODO ABERTO DEVIDA. PERMUTA SUFICIENTE E SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.
2. 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.
3. A pequena quantidade de entorpecentes capturados e o fato de o paciente ser primário e sem antecedentes criminais são de molde a autorizar a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda, justificando ainda a substituição da reclusiva por duas penas alternativas, por ser socialmente recomendável, diante da suficiência da medida e das especificidades do caso concreto. Exegese dos arts. art. 33, § 2º, c, e § 3º, e 44, do CP.
4. *Habeas corpus* concedido de ofício para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando-a definitiva em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, por infração ao art. 33 da Lei 11.343/06, concedendo-se ainda a ordem para fixar o regime inicial aberto e para substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções competente.

### 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, deferir o pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, 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), 14 de agosto de 2012. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 235.528 - ES (2012/0047851-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
ADVOGADO : RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PACIENTE : JOSIMAR STINGHEL LIMA  
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI:** Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de JOSIMAR STINGHEL LIMA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que negou provimento à Apelação n.º 14090118168, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à sanção de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a imposição do modo de execução mais gravoso seria incompatível com a quantidade de pena aplicada.

Destaca que a doutrina e jurisprudência atuais estariam reconhecendo a possibilidade do estabelecimento de regime diverso do fechado aos condenados pelo delito de tráfico de drogas.

Ressalta que o paciente faria jus ao início do cumprimento de sua reprimenda no regime aberto, pois estariam preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

Salienta que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos prevista na Lei de Drogas não seria mais aplicável, pois violaria o princípio da individualização da pena, conforme reiteradamente decidido pelos Tribunais Superiores.

Defende que seria imperiosa a aplicação das determinações contidas no art. 44 do CP em detrimento das previstas no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, pois este comando legal teria perdido sua eficácia com o advento da Lei n.º 11.464/2007.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Requeru, liminarmente, a suspensão da ação penal até o julgamento final deste *writ*, e, no mérito, pugna pela modificação do regime prisional para o aberto, bem como pela conversão da sanção reclusiva por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 235.528 - ES (2012/0047851-0)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi denunciado por violação aos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06, findando absolvido da conduta do art. 35 da Lei de Drogas e condenado à sanção de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 184 (cento e oitenta e quatro) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo consta da denúncia, no dia 22-12-2009, foi flagrado na companhia dos quatro corréus, em endereço indicado por denúncias anônimas como sendo ponto de tráfico de drogas, mantendo em depósito a quantidade de 75 g (setenta e cinco gramas) de maconha e 2 g (dois gramas) "*de substância aparentando ser crack*" (fls. 13), .

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação criminal perante a Corte Estadual, ao qual foi negado provimento, mantidas as conclusões do édito repressivo.

Inicialmente, constata-se a presença de flagrante ilegalidade na aplicação da pena-base, que merece ser sanada de ofício através da via eleita, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.

Com efeito, da leitura da sentença condenatória infere-se que a reprimenda básica para o crime do art. 33 da Lei 11.343/06 foi estabelecida em 7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, ao seguinte fundamento:

*A culpabilidade ressoa grave, sendo altamente reprovável a conduta do agente; não há registro de antecedentes; sua conduta social não é das melhores, considerando os efeitos nocivos e resultados práticos do ilícito; nada há que se falar sobre sua personalidade; os motivos do crime não o favorecem, pois objetivava o ganho fácil com a prática delituosa; as circunstâncias extrapenais são graves, diante da nocividade causada pelos entorpecentes nos usuários que adquiram a droga do mesmo; não se pode cogitar sobre o comportamento da vítima, pois o sujeito passivo é a*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sociedade. *Necessário também se observar a natureza e quantidade de droga apreendida e a personalidade e conduta do agente, conforme artigo 42 da Lei 11.343/06. A quantia de droga apreendida foi relativamente grande (cf. denúncia e auto de apreensão), havendo material ainda a indicar que o local era usado para desdobramento da droga, sendo sua conduta extremamente prejudicial para a sociedade.*

*Sopesando, pois, as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao acusado, e levando em consideração a pena em abstrato prevista no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e multa, levando-se em conta, desta feita, a sua participação na condição de auxiliar na empreitada delituosa.*

*Quanto a pena de multa, considerando o disposto nos artigos 49 e seguintes do Código Penal, bem como as circunstâncias judiciais já analisadas (artigo 59 do CP) e a condição econômica do acusado, que não é boa, e ainda os limites previstos no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 (500 a 1.500 dias-multa), fixo a PENA DE MULTA em 500 (quinhentos) dias-multa, valorando cada dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, reduzindo esta, ante as circunstâncias acima elencadas, em 2/3, alcançando 184 (cento e oitenta e quatro) dias, independente de eventual redução aplicada na pena de reclusão. (fls. 44-45)*

O Tribunal de Justiça, julgando o apelo defensivo, negou-lhe provimento, mantendo a sentença, pois entendeu que *"o grau de censura imposto pelo douto Magistrado [...] foi correto, justo e proporcional, não merecendo retoques, pois foram obedecidos os critérios orientadores do art. 59 e 68 do CP"* (fls. 57), acrescentando que:

*Além do mais, o Magistrado ao fixar a dosimetria da pena nesta espécie de crime deve atentar também ao comando inserto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. Sendo que a natureza da droga apreendida é das mais agressivas - crack e maconha - a quantidade bastante expressiva, bem como a diversidade. Ademais, os acusados não eram meros traficantes eventuais, mas possuíam ponto de venda de drogas. (fls. 57)*

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, e, em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

No caso, da leitura do édito condenatório e do acórdão combatido tem-se que o aumento da sanção básica do delito teve por base elementares dos tipos penais violados, quando considerou desfavoráveis a conduta social, os motivos e as conseqüências da conduta criminosa do paciente, já que não há como se considerar negativa a primeira com esboço tão somente nos "*efeitos nocivos e resultados práticos do ilícito*", pois estes já foram já aferidos pelo legislador para estabelecer as penas mínima e máxima em abstrato para o crime; o lucro fácil é igualmente inerente à atividade ilícita em questão, assim como o perigo à saúde pública com a venda de entorpecentes, não sendo, portanto, tais argumentos idôneos a justificar a elevação da sanção na primeira etapa da dosimetria.

A propósito, deste Relator:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTAR DO TIPO. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.*

**1. Não obstante o tipo penal prever que as condutas elencadas no art. 33 da Lei nº 11.343/06 possam ter o fim que não o lucro fácil, por certo que a motivação predominante daqueles que exercem o tráfico de drogas é efetivamente o lucro alto e rápido proporcionado pela sua prática; a ganância desmedida, em prejuízo de toda a sociedade.**

**2. Não é dado ao juiz sentenciante se utilizar de elementares do próprio tipo penal infringido - narcotráfico - para considerar desfavoráveis ao paciente os motivos do crime, consistentes na obtenção de lucro fácil.**

**3. Habeas corpus concedido para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 646 (seiscentos e quarenta e seis) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 145.062/MS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011 - grifamos)

A culpabilidade, por seu turno, foi tida por "altamente reprovável", deixando, contudo, o sentenciante de indicar fundamentos concretos que levassem a essa conclusão, levando a crer que assim considerava em razão da própria prática criminosa, o que já foi considerado pelo legislador quando da estipulação das penas mínimas e máximas em abstrato para a conduta criminosa, merecendo, por isso, afastada.

Nesse norte:

*HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E USO DE DOCUMENTOS FALSOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, AS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS DOS ACUSADOS. INTENSIDADE DO DOLO, MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA NULA. PRECEDENTES DO STJ.*

*1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada – observado o critério trifásico –, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.*

***2. Na hipótese, quanto à circunstância relativa à culpabilidade dos pacientes, verifica-se que o magistrado, impropriamente, sopesou a intensidade do dolo da conduta delitiva, consubstanciado apenas no argumento vago e genérico da consciência destes de participação de uma organização criminosa.***

***3. A circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.***

*4. Consoante jurisprudência consolidada nesta Corte e no Pretório Excelso, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para majorar a pena-base.*

*5. Por fim, quanto à personalidade delitiva, tem-se que o julgador, utilizando-se dos envoltórios penais pretéritos dos agentes ("propósitos voltados para a atividade criminosa"), novamente, de forma imprópria, majorou a pena-base dos pacientes. A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito.*

*6. Ordem concedida para, mantida a condenação dos pacientes, anular a sentença condenatória tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja elaborada,*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*observando-se devidamente o critério trifásico, o qual deverá ser devidamente fundamentado e sem o aumento relativo aos maus antecedentes em relação ao réu Douglas Antunes.*

*(HC 50.331/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007, p. 550 - destacamos)*

Nesse contexto, para elevar a pena-base do paciente restam apenas a diversidade, quantidade e natureza das drogas encontradas em seu poder - **75 g (setenta e cinco gramas) de maconha e 2 g (dois gramas) de crack** - e o fato de ter-se considerado que apenas auxiliava na empreitada delituosa, sequer sendo condenado pelo delito de associação para o narcotráfico, diante da ausência de provas suficientes do vínculo permanente entre ele e os corréus condenados por infração ao art. 35 da Lei de Entorpecentes.

Quanto aos estupefacientes capturados, vê-se que, não obstante as instâncias ordinárias tenham atuado em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza destrutiva de uma das drogas encontradas - *crack* - e a quantidade apreendida, esta última não foi excessivamente elevada, o que demonstra que o aumento da pena na forma como procedida e só por esse fator mostra-se, por certo, desproporcional, sobretudo se considerado que a participação do paciente na espécie foi reconhecida como "*auxiliar*".

Dessa forma, de ofício merece ser reformada a sentença condenatória nesse ponto, a fim de diminuir a sanção-base do paciente pelo delito do art. 33 da Lei 11.343/06 para **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantida a de multa, pois fixada no mínimo legal**, proporcional à natureza perniciosa e a pequena quantidade do material tóxico encontrado.

A pena de multa, aliás, foi reduzida de 2/3 pelo sentenciante, ficando, então, em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, e não em 184 (cento e oitenta e quatro) dias-multa, como contabilizado na condenação (fls. 45).

Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Mantida, no entanto, a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, estipulada pelas instâncias ordinárias na fração de 1/2 (metade), a pena do paciente resta definitiva em **2 (dois) anos e 9 (nove)**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**meses de reclusão, mantida a de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias.**

Diante do novo patamar de reprimenda privativa de liberdade aplicado ao paciente, cumpre analisar o modo inicial de execução da pena, bem como a possibilidade de se deferir o benefício da substituição desta por penas restritivas de direitos.

O Juízo singular estabeleceu o regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda, *"por força do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90"* (fls. 46).

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 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os ditames do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

E, em assim sendo, a fixação do modo mais gravoso revela-se desproporcional ao *quantum* de pena aplicada e à favorabilidade da maioria das circunstâncias judiciais.

De fato, considerando que apenas a diversidade, quantidade e natureza das drogas encontradas foram tidas como negativas, argumento que, embora idôneo para justificar a elevação da sanção acima do mínimo, se mostra insuficiente para autorizar o estabelecimento do regime mais gravoso para o início do resgate da reprimenda e também para impedir o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, pois capturados apenas 75 gramas de maconha e 2 gramas de *crack*, não se podendo olvidar, outrossim, que o paciente é primário e não registra antecedentes criminais.

Nesse contexto, cabível a fixação do regime inicial aberto, por ser o mais adequado e proporcional às circunstâncias inerentes ao caso em questão, de acordo com o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

Quanto à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, é certo que esta Quinta Turma adotou o entendimento de que não se aplica ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/06, 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*).

Contudo, observa-se que, 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, de relatoria do 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Sendo assim, dos autos constata-se que o sentenciante deixou de substituir a pena reclusiva por medidas alternativas *"levando-se em conta a gravidade do delito em questão e sua incompatibilidade e inadequação com locais apropriados para eventual prestação de serviços"* e ainda em razão do *"não preenchimento do requisito constante do artigo 44, III, do Código Penal, já que a conduta social e a personalidade dos réus, bem como os motivos e circunstâncias do crime não indicam ser suficiente esta medida"* (fls. 46), decisão nestes termos mantida pela Corte impetrada, que considerou que *"o pedido de substituição não se mostra suficiente à efetiva reprovação do crime, considerando a quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas"* (fls. 58).

Em verdade, verifica-se que não se procedeu a substituição em virtude da gravidade abstrata do crime cometido pelo paciente e ainda em razão da natureza, tipos e quantidade das drogas apreendidas - maconha e *crack* - que foram encontradas em pequena quantidade, e evidenciando-se que as demais circunstâncias judiciais foram julgadas todas favoráveis ao agente, merece deferida a permuta da pena reclusiva por medidas alternativas.

Assim, preenchendo o paciente os pressupostos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do Código Penal, e por se entender que a medida é suficiente para a prevenção e repressão do crime em que findou condenado, na forma como cometido por este agente, especialmente em se considerando a reduzida quantidade de droga apreendida, além de socialmente recomendável, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, por igual período da pena reclusiva irrogada, a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

serem designadas pelo Juízo da Execução.

Diante de todo o exposto, **concede-se** *habeas corpus* **de ofício** para reduzir a pena-base, restando a reprimenda do paciente definitiva em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, por infração ao art. 33 da Lei 11.343/06, bem como **concede-se** a ordem para fixar o regime inicial aberto, substituindo-se ainda a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções competente.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0047851-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 235.528 / ES**  
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 14090118168

EM MESA

JULGADO: 14/08/2012

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  |
| ADVOGADO   | : RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO        |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO |
| PACIENTE   | : JOSIMAR STINGHEL LIMA                           |
| ADVOGADO   | : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO                |

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, deferiu o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício , 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.