



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.330 - SP (2009/0221417-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ANTONIO FORTES DE PÁDUA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ROBERTO AFONSO

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REDUÇÃO DE 1/6. PRETENSÃO PELO MÁXIMO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. INVIABILIDADE. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA IMPRÓPRIA AO HABEAS CORPUS.

1. Concretamente fundamentada em metade (1/6) a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, dada a apreensão de grande quantidade de droga (48 dosadores de cocaína), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
2. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto essa benesse não se mostra razoável, em razão do montante de pena (maior de quatro anos) e da quantidade de droga, na linha dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, 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, a personalidade e a conduta social do agente"*.
3. A inconstitucionalidade da multa não é assunto para *habeas corpus*, notadamente porque a imposição desse tipo de pena não enseja qualquer ameaça ou violação ao direito de ir e vir.
4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 12 de abril de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.330 - SP (2009/0221417-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ANTONIO FORTES DE PÁDUA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ROBERTO AFONSO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público, em favor de MARCOS ROBERTO AFONSO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 990.09.021846-0).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado. A defesa, irresignada, interpôs recurso de apelação, ao qual o tribunal de origem negou provimento, em acórdão com esta ementa:

Tráfico. Condenação baseada nas declarações da compradora e policiais. Inexistência de razão concreta para duvidar dos depoimentos. Apreensão de 48 ampolas de cocaína com o réu. Pena fixada no mínimo, com redução mínima (art. 33, §4º, da Lei de Drogas). Regime inicial fechado obrigatório, incabível a substituição. Arguição de inconstitucionalidade da segunda parte do artigo 33, da Lei 11.343/06 afastada.

Recurso improvido.

Argumenta o impetrante, inicialmente, que, diante das circunstâncias favoráveis ao paciente, deve ser aplicada a redução em seu grau máximo (dois terços). Salienta que o paciente preenche todos os requisitos do art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06.

Defende, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mesmo em se tratando de condenado por tráfico de entorpecentes. Aduz ser patente a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 11.343/06. Alega que a proibição fere os princípios da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso. Destaca que a medida é socialmente recomendável.

Pretende, ainda, que seja declarado inconstitucional parte do preceito secundário do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, a fim de que a multa seja regulada nos termos dos arts. 49 e seguintes do Código Penal. Afirma que a multa constituir-se-á em sanção de impossível cumprimento, uma vez que o paciente é hipossuficiente.

Requer, liminarmente e no mérito:

a) substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

c) aplicar a redução máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06;
b) declarar a inconstitucionalidade de parte do preceito secundário previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Indeferida a liminar (fls. 57/58) e prestadas informações (fls. 66/84), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 87/95).

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apurou-se não ter sido interposto outro recurso após o julgamento da apelação, não havendo ainda trânsito em julgado para a defesa (fls. 99/103).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.330 - SP (2009/0221417-2)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REDUÇÃO DE 1/6. PRETENSÃO PELO MÁXIMO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. INVIABILIDADE. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA IMPRÓPRIA AO HABEAS CORPUS.

1. Concretamente fundamentada em metade (1/6) a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, dada a apreensão de grande quantidade de droga (48 dosadores de cocaína), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto essa benesse não se mostra razoável, em razão do montante de pena (maior de quatro anos) e da quantidade de droga, na linha dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, 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, a personalidade e a conduta social do agente"*.

3. A inconstitucionalidade da multa não é assunto para *habeas corpus*, notadamente porque a imposição desse tipo de pena não enseja qualquer ameaça ou violação ao direito de ir e vir.

4. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Como visto, a pretensão em exame é de aplicar o redutor máximo de 2/3, na terceira fase da dosimetria (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006) e, em consequência, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Vejamos o que disse sentença (fl. 25):

Respeitadas as diretrizes legais, fixo a pena-base no patamar legal mínimo, cinco anos de reclusão.

Sendo o réu primário (fls. 98) e pelo que consta dos autos não integrante de organização criminosa, incide a causa de diminuição do artigo 33, parágrafo quarto da Lei Federal 11.343/06, no piso legal mínimo de 1/6 (um sexto), haja vista a gravidade do delito praticado, sua intensa repercussão no seio social e a considerável quantidade de droga apreendida na posse do agente (fls. 16). Total da pena corporal: quatro anos e dois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o fechado, a teor do artigo 2º, parágrafo primeiro da Lei Federal 8.072/90 (crime equiparado a hediondo). De acordo com esse diploma legal, plenamente possível a progressão de regime caso alcançado o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena privativa de liberdade (o réu é primário).

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque a sanção fixada excede o limite de quatro anos previsto no artigo 44, inciso I do Código Penal, quer porque se trata de delito de intensa gravidade e repercussão social, com expressa vedação legal de concessão desse tipo de benefício (artigo 33, parágrafo quarto da LF 11.343/06). Tal regra está conforme a ordem constitucional vigente, que não impede a limitação da aplicação das chamadas penas alternativas.

A pena de multa, observadas as mesmas circunstâncias, fica em quatrocentos e dezesseis dias-multa, cada qual no piso legal ínfimo.

3. Ante o exposto, e o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a ação penal e CONDENO o réu MARCOS ROBERTO AFONSO, RG 42.254.865, às penas de quatro (04) anos e dois (02) meses de reclusão, regime inicial fechado, e pagamento de quatrocentos e dezesseis (416) dias-multa, cada qual no piso legal ínfimo, com fundamento no artigo 33, "caput" e parágrafo quarto da Lei Federal 11.343/06.

O acórdão, por sua vez, fixou o seguinte (fls. 52):

O policial militar Delson Siilva Jonas Junior contou que viu o apelante e Maria Valdice em atitude característica de comércio de drogas, pois a compradora entregou algo ao apelante e este retirou algo de sua pochete para entregar a ela quando foram abordados; na pochete do apelante encontraram 48 dosadores contendo cocaína; Maria Valdice confirmou que estava comprando droga do apelante, embora ele não tenha admitido que estava vendendo (fls. 3 e 103/105).

(...)

A condenação, destarte, era de rigor. A pena foi fixada no mínimo legal, concedido o benefício do art. 33, § 4.º, em quantidade mais do que adequada, ante a gravidade do delito e antecedentes do apelante; regime inicialmente fechado obrigatório. Por este motivo, não é possível a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Não vejo nada a retificar no acórdão, porque, no caso concreto, a quantidade de droga apreendida (48 dosadores de cocaína - fl. 51), obstam a redução pelo máximo, no espírito mesmo da Lei Antidrogas, que dispõe:

"Art. 42. 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, concretamente fundamentado o *quantum* de diminuição referente à causa especial do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, não há falar em ilegalidade.

A respeito disso, já decidiu esta Corte que, fundamentada a aplicação da pena, fixar outro montante de redução demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO 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 JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. 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 determinação do grau de redução 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 variedade e a quantidade das substâncias apreendidas - 65,71g de "maconha" e 16,56g de "merla" - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. 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.

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho este julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conquanto em tese seja possível, consoante decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, onde prevaleceu, por 6 votos a 4, o entendimento no sentido de ser inconstitucional impedir a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo sido, inclusive, editada pelo Senado Federal a Resolução nº 5, publicada no DOU de 16 de março de 2012, suspendendo a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, no caso concreto não a vejo adequada, não só pela quantidade da pena (maior de quatro anos), mas também na mesma linha da determinação do art. 42 da Lei nº 11343/2006, já referido.

Em caso análogo, fixei:

PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. ART. 40, III DA LEI Nº 11.343/2006. IMEDIAÇÕES DE RODOVIÁRIA. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SEMIABERTO. INCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA E SURSIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (quase duzentos gramas de crack), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme, inclusive, os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. A causa especial de aumento do art. 40, III da mesma Lei somente tem aplicação quando o tráfico ocorra em uma das situações específicas previstas, não admitindo analogia, pois trata-se de norma penal incriminadora, informada pela legalidade estrita.

3. Em razão da desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, legitima-se a imposição de regime inicial mais gravoso (semiaberto), bem como a negativa da substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e também do *sursis*. Precedentes.

4. Ordem concedida em parte para, afastando a causa especial de aumento do art. 40, III da Lei nº 11.343/2006, fixar a pena final em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, e impor também o regime inicial semiaberto, mantida no mais a condenação.

(HC 135.889/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2011)

Por fim, a aventada inconstitucionalidade da multa não é matéria adequada ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus, notadamente porque a imposição desse tipo de pena não causa nenhuma ameaça ou violação do direito de ir e vir.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0221417-2

HC 153.330 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10022008 5640120080205135 990090218460

EM MESA

JULGADO: 12/04/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO FORTES DE PÁDUA NETO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARCOS ROBERTO AFONSO

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.