



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.960 - PR (2010/0114030-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : FABRICIO VON MENGDEN CAMPEZATTO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : RAMON OSCAR LOPES (PRESO)
ADVOGADO : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Não há constrangimento ilegal na incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a elevada quantidade de droga apreendida em poder do paciente (42,040 kg de maconha), bem como as demais circunstâncias do caso concreto.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, determinando-se ao Juízo das Execuções que analise o eventual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchimento pelo paciente dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da substituição pretendida.

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, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

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

Brasília, 10 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.960 - PR (2010/0114030-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Ramon Oscar Lopes**, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que deu parcial provimento à Apelação Criminal n. 2009.70.06.001229-2/PR, interposta pela defesa, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, mais multa, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deveria ter sido aplicada no patamar máximo de 2/3.

Considera que, *se o agente é primário, tem bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas e não integra organização criminosa, impõe a redução da pena em dois terços, já que foram atendidos todos os requisitos* (fl. 6).

Argumenta, ainda, que a pena privativa de liberdade deveria ser substituída por restritivas de direitos, ressaltando 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 Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Requeru, liminarmente e no mérito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a) a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo de 2/3; e

b) a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida em decisão exarada pela Presidência deste Superior Tribunal.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem apenas para que fosse determinado ao Juízo das Execuções que analisasse o eventual preenchimento pelo paciente dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.960 - PR (2010/0114030-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 7/6/2009, policiais rodoviários federais, em fiscalização de rotina, abordaram o veículo conduzido pelo paciente, de origem argentina, e encontram **42,040 kg (quarenta e dois quilos e quarenta gramas) da substância entorpecente conhecida como maconha**, acondicionados em um fundo falso no lado direito do painel e na caixa de ar na porta dianteira esquerda do veículo (fl. 17).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mais multa.

No que tange à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Juiz sentenciante entendeu devida a incidência da fração de **1/6**, pelos fundamentos a seguir aduzidos (fl. 90):

[...]

De acordo com os elementos de prova constantes dos autos, o réu é primário. Não há provas de que integre organização criminosa, mas há indícios do concurso eventual de agentes, além do comprovado concurso com a denunciada Cláudia Cristina Amaro, porque: a) a droga estava acoplada em local de difícil visibilidade; b) o réu declarou ter sido contratado para o transporte da substância, declarando, assim, que outra pessoa teria ocultado o entorpecente no veículo em solo paraguaio; c) há fortes evidência de que viajava em conjunto com o veículo Peugeot, proveniente da Argentina, cujos ocupantes foram presos pelo crime de tráfico de drogas no mesmo dia que os denunciados [...].

Diante disso, a diminuição da pena deve ser aplicada em grau mínimo.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte de origem, por sua vez, dando parcial provimento ao recurso defensivo, houve por bem alterar o *quantum* de redução de pena de 1/6 para **1/3**, pelos argumentos abaixo expostos (fl. 119):

[...]

No caso, à vista das condições pessoas do réu (primários, de bons antecedentes e sem fatores desabonadores de sua personalidade ou conduta social), não há justificativa para que a redução de pena seja aplicada na menor fração prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (1/6). Assim, tendo-se em conta o *modus operandi* empregado pelos agentes para a prática ilícita (fizeram-se acompanhar do filho menor de idade no escopo de atribuir à empreitada aspecto de viagem de família e a forma de ocultação da droga no veículo demonstra maior planejamento e requinte do intento criminoso) e diante da quantidade de entorpecentes apreendida, reduzo a pena em 1/3 (um terço).

[...]

No tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista para a redução de pena pela causa especial de diminuição em questão, este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, 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.*

Assim, consoante bem destacou a Corte de origem, na esteira do entendimento adotado por este Superior Tribunal, 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. 145.989/RJ, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 6/12/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que aplicou em **1/3** a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista **a elevada quantidade de droga** apreendida em poder do paciente, qual seja, **42,040 kg (quarenta e dois quilos e quarenta gramas) de maconha**, não se podendo olvidar do fato de que o acusado se fez acompanhar *do filho menor de idade no escopo de atribuir à empreitada aspecto de viagem de família* (fl. 119), bem como da maneira como estava acondicionada a droga – em um fundo falso no lado direito do painel e na caixa de ar na porta dianteira esquerda do veículo (fl. 17) – circunstâncias que, somadas, justificam a aplicação de uma fração inferior ao máximo legalmente previsto.

A propósito, consoante julgado do Supremo Tribunal Federal: *O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo* (STF, HC n. 105.950/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, publicado em 1º/2/2011).

No que tange à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o Juiz sentenciante entendeu inviável proceder-se à almejada permuta, *de acordo com os arts. 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006* (fl. 92).

O Tribunal impetrado, por sua vez, manteve a negativa de substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, sob o argumento de que *persiste a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos* (fl. 119).

Certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, quando do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo.

Para melhor análise da questão *sub examine*, transcreve-se, por oportuno, o seguinte trecho, extraído do Informativo n. 598/STF:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente *habeas corpus* e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de *writ*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas ("Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional – v. Informativos 560, 579 e 597.

Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convolação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas.

Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o *habeas corpus*.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões constantes dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006 pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mas, para a substituição da sanção privativa de liberdade por penas alternativas, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da benesse, previstos no art. 44 do Código Penal, que estabelece que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Nesse sentido, a ordem deve ser parcialmente concedida nesse ponto, apenas para afastar a vedação contida nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar o eventual preenchimento pelo paciente dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da referida substituição, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem, apenas para afastar a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, determinando ao Juízo das Execuções que analise o eventual preenchimento pelo paciente dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da substituição pretendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0114030-9

HC 176.960 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200970060012292

EM MESA

JULGADO: 10/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

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 : FABRICIO VON MENGDEN CAMPEZATTO - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : RAMON OSCAR LOPES (PRESO)
ADVOGADO : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

O Sr. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

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