



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.121 - SP (2011/0257663-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PABLO SÉRGIO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA DA DROGA. ALTERAÇÃO DO DECIDIDO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCABIMENTO. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza da substância entorpecente apreendida (*crack*) (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), o *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. *In casu*, a negativa de abrandamento do regime inicial e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito e na vedação prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida tão somente para que, afastada a vedação do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções reavalie a aplicação do regime prisional, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.121 - SP (2011/0257663-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PABLO SÉRGIO DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de PABLO SÉRGIO DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0036354-93.2010.8.26.0577).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/06, à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, vedada a substituição. Confira-se o teor do *decisum*, no que interessa:

Na aplicação da pena, sopesadas as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, a pena-base (...) com relação ao réu Pablo, deve haver redução em um terço, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, justificando-se a redução no mínimo legal ante a natureza da droga, cocaína, substância nociva, de nefastas conseqüências para a sociedade, bem como em razão da enorme quantidade de entorpecente encontrada.

Essas penas, assim, devem ser tornadas definitivas, na ausência de outras condições modificadoras.

(...)

CONDENO o réu PABLO SÉRGIO DA SILVA, qualificado nos autos, como incurso no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, à pena de três anos e quatro meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa, com unidade fixada no mínimo legal.

Não fazem os réus jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 44, do Código Penal, pois o crime de tráfico de drogas é grave, equiparado inclusive ao hediondo. Mesmo se isso não bastasse, o delito em questão está capitulado em Lei Especial (nº 11.343/06), e tal, em seu artigo 33, § 4º, veda expressamente o aludido benefício, o qual nada tem de inconstitucional, pois apenas atende ao princípio de individualização da pena, observando a gravidade intrínseca do crime em questão.

Pelos mesmos motivos, o regime inicial para cumprimento das penas deverá ser o fechado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada.

Também pelos mesmos motivos, não têm os réus o direito de apelar em liberdade, tendo em vista estarem presentes os requisitos da custódia cautelar, notadamente a garantia da ordem pública, ante a gravidade do delito em questão, tráfico ilícito de cocaína, de nefastas conseqüências para a sociedade, a qual, assim, deve ser preservada (fls. 33/35).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim fundamentado, nos pontos objeto de irresignação:

Feitas tais ressalvas, tenho que Pablo já foi indevidamente beneficiado com a redução do § 4º do artigo 33 da Lei de Entorpecentes, a que não tinha direito. A ausência de inconformismo ministerial impede a sanção desse defeito.

Impossível, assim, acolher os pleitos defensivos de aplicação de tal diminuição no patamar máximo, tornando imperiosa a manutenção da fração mínima de diminuição a Pablo, aplicada na r. sentença, sob pena de tornar inócuo o caráter repressivo e preventivo da pena aplicada.

(...)

Por fim, outro não poderia ter sido o regime prisional imposto aos apelantes.

O crime de tráfico, como se sabe, se equipara aos hediondos, aplicando-se, daí, disposição legal expressa: a Lei nº 11.464/07, que não é, no meu entender, inconstitucional, posto que regulamenta adequadamente a Carta Maior (CF, art. 5º, XLIII) ao prever uma punição mais rigorosa e exemplar aos autores de crimes hediondos ou a eles equiparados. A norma não impede a individualização da pena nem veda a progressão de regime, só trata com mais rigor os autores desses crimes, o que, aliás, é um anseio legítimo da sociedade ordeira.

Por fim, as penas alternativas não devem, no meu entender, ser aplicadas não só pela própria hediondez do crime, que recomenda maior rigor no escarmento, mas também porque a Lei n.º 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, *caput*.

Não desconheço que foi reconhecida a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Excelso Pretório (HC 97.256) no ano de 2010, mas essa decisão foi tomada por maioria apertada (6x4) e valeu somente para o processo julgado (*incidenter tantum*).

(...)

Some-se a tudo que a referida lei foi editada pelos poderes competentes e que, por isso, goza de presunção de constitucionalidade e não parece ofender a Constituição de República de modo franco e direto.

Nada há, assim, a reparar na r. sentença (fls. 82/84).

Sustenta o impetrante, inicialmente, a necessidade de aplicação da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em seu grau máximo, argumentando que o paciente preenche todos os requisitos do referido parágrafo.

Assere que a natureza da droga foi considerada pelo legislador na tipificação do delito, não podendo ser novamente valorada na fixação do percentual da referida minorante, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

Aduz que a vedação da substituição apenas para o delito de tráfico ilícito de entorpecentes fere o princípio da isonomia, uma vez que não permite aos condenados por esse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime, equiparado aos crimes hediondos, o cumprimento da pena alternativa.

Alega que se mostra plenamente cabível a substituição da pena ou a concessão de *sursis*, bem como a fixação de um regime inicial menos gravoso para o cumprimento da pena.

Argumenta que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Assere que a vedação contida na Lei n.º 11.343/06 afronta os princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.

Destaca que o paciente não é reincidente e a pena é inferior a 04 (quatro) anos.

Aduz que a opinião do julgador sobre a gravidade em tese do delito não constitui fundamentação idônea para a fixação de um regime de cumprimento da pena mais gravoso do que o previsto em lei.

Invoca os enunciados sumulares 440 desta Corte e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, liminarmente e no mérito:

- a) a aplicação de causa especial de redução de pena no patamar máximo;
- b) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou a concessão do *sursis*;
- c) a fixação de regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida às fls. 94/96.

Foram prestadas informações às fls. 104/138.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Elizeta Maria de Paiva Ramos, pela extinção do feito sem resolução de mérito ou pela denegação da ordem (fls. 141/160).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.121 - SP (2011/0257663-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA DA DROGA. ALTERAÇÃO DO DECIDIDO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCABIMENTO. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza da substância entorpecente apreendida (*crack*) (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), o *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. *In casu*, a negativa de abrandamento do regime inicial e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito e na vedação prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida tão somente para que, afastada a vedação do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções reavalie a aplicação do regime prisional, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em grau máximo (2/3), seja fixado o regime inicial aberto, bem como seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

De início, quanto à diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, não há nada a retificar no acórdão atacado, haja vista que o Tribunal *a quo* manteve a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em 1/3 (um terço), fixado neste patamar pelo Magistrado de primeiro grau em razão da natureza da substância entorpecente apreendida (fl. 33) - 13 (treze) invólucros de *crack* (fl. 27).

Com efeito, é este o espírito 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."

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 - ressaltar-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)

Da Suprema Corte, colho o seguinte 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).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

No mais, mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 – quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – prevista no artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis* :

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Dessarte, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Reconhecida a possibilidade de substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, fica afastada a exigência de fixação do regime fechado para os condenados por tráfico de drogas previsto na Lei n.º 11.343/06.

Na hipótese vertente, verifica-se que a negativa de abrandamento do regime inicial e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito e na vedação prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, tal óbice legal foi declarado inconstitucional e teve sua aplicabilidade suspensa, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, realizada em 12.4.2012, colheu-se a informação de que a condenação do paciente transitou em julgado em 26.10.2011. Assim, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Diante do exposto, **concedo parcialmente** a ordem tão somente para que, afastada a vedação do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções reavalie a aplicação do regime prisional, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0257663-2

HC 223.121 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10482010 363549320108260577

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PABLO SÉRGIO DA SILVA

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 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.