



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 220.869 - SP (2011/0238538-5)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CÍCERO PEREIRA DA SILVA (PRESO)  
**PACIENTE** : THIAGO BARBOSA COELHO (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. Os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, porque, no dia 05 de fevereiro de 2009, *"traziam consigo, para tráfico, 18,4 (dezoito gramas e quatro decigramas) de cocaína, acondicionados em 39 invólucros, e 3,5g (três gramas e cinco decigramas) de Cannabis sativa L., vulgarmente conhecida como 'maconha', acondicionados em 2 (dois) invólucros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais)"* (fl. 13).

2. Na hipótese, o Tribunal *a quo* ressaltou que quantidade, a variedade e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas em poder dos Pacientes evidenciam o envolvimento de ambos com o tráfico de drogas, distinguindo-os, portanto, do traficante ocasional.

3. 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.)

4. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu *"a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS"*.

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que os Pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*quantum* da pena aplicada, estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão.

6. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional 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. Inteligência das Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções que proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie.

### 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, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de abril de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 220.869 - SP (2011/0238538-5)

IMPETRANTE : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : CÍCERO PEREIRA DA SILVA (PRESO)  
PACIENTE : THIAGO BARBOSA COELHO (PRESO)

### RELATÓRIO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CÍCERO PEREIRA DA SILVA e THIAGO BARBOSA COELHO, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os Pacientes foram condenados pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, cada um, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Inconformados, interpuseram apelação no Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença condenatória.

Alega a Impetrante, em síntese, que os Pacientes sofrem constrangimento ilegal decorrente da não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, tendo em vista que seriam primários e portadores de bons antecedentes, não se dedicariam às atividades criminosas nem integrariam organização criminosa.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e, consequentemente, a suspensão condicional da pena ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, ainda, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 72/97, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 101/105, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 220.869 - SP (2011/0238538-5)**

### 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. Os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, porque, no dia 05 de fevereiro de 2009, *"traziam consigo, para tráfico, 18,4 (dezoito gramas e quatro decigramas) de cocaína, acondicionados em 39 invólucros, e 3,5g (três gramas e cinco decigramas) de Cannabis sativa L., vulgarmente conhecida como 'maconha', acondicionados em 2 (dois) invólucros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais)"* (fl. 13).

2. Na hipótese, o Tribunal *a quo* ressaltou que quantidade, a variedade e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas em poder dos Pacientes evidenciam o envolvimento de ambos com o tráfico de drogas, distinguindo-os, portanto, do traficante ocasional.

3. 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.)

4. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu *"a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS"*.

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que os Pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada, estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão.

6. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Inteligência das Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções que proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie.

### VOTO

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

Consta dos autos que os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, porque, no dia 05 de fevereiro de 2009, "*traziam consigo, para tráfico, 18,4 (dezoito gramas e quatro decigramas) de cocaína, acondicionados em 39 invólucros, e 3,5g (três gramas e cinco decigramas) de Cannabis sativa L., vulgarmente conhecida como 'maconha', acondicionados em 2 (dois) invólucros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais)*" (fl. 13).

A sentença condenatória encontra-se fundamentada nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...]"

*A quantidade, não usual com a figura do usuário, visto que um dos réus tinha vinte e cinco porções e o outro dezesseis; forma de acondicionamento, próprio para a venda a varejo; a declaração de que a droga destinava-se ao tráfico; a existência de registro de contabilidade de tráfico de entorpecentes; local conhecido como ponto de tráfico de entorpecente; e, o fato de que o réu não teria condições econômicas (no caso de Thiago, precisava pedir R\$ 10,00 emprestado) para possuir a droga para seu uso pessoal, dão a necessária certeza de que a droga destinava-se ao tráfico ilícito.*

*No tocante a Cícero, estranhamente, quando lhe foi perguntado qual sua profissão e ganho, disse que era ajudante de pedreiro.*

*Posteriormente, no bojo de seu depoimento, deixou transparecer que era dono de um bar.*

*Tudo indica que na verdade ele também não exerce atividade lícita, indicando a destinação ao tráfico, sendo traficante profissional, visto que apreendida agenda com anotações próprias à escrituração do tráfico de entorpecentes.*

*Destaca-se desta forma que tudo indica que ambos se dedicavam às atividades criminosas, exercendo o tráfico como forma de manutenção, ressaltando-se que com ambos foi apreendida quantia em dinheiro, em que*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*pese a negativa de um dos réus, a confirmar que ambos estariam se dedicando ao tráfico ilícito.*

*Verifico que a quantia em dinheiro apreendida, visto que o réu Thiago afirmar não ter dinheiro em seu poder, indica que é produto de tráfico, visto que não pode justificar sua posse.*

*[...]*

*No mesmo sentido a quantia apreendida em poder de Cícero, que apesar de haver indícios de que possui um bar como fachada para o tráfico, por portar a droga junto com o dinheiro, possível concluir-se ser ele produto de tráfico. Assim, também determinou a perda de tal quantia em prol da FUNAD.*

*Na dosagem da pena observo que ambos os réus são primários e sem antecedentes. Assim fixo a pena base, que torno definitiva, em cinco anos de reclusão e no pagamento de quinhentos dias-multa, fixados no mínimo legal e corrigidos do trânsito em julgado desta.*

*Incabível o benefício do artigo 33, 4.º, da Lei 11.343/06, visto que os réus não indicaram o exercício de atividade lícita (conforme fundamento supra), possuindo agenda com anotações próprias à contabilidade de tráfico de entorpecentes. Assim ficou claro que os réus se dedicam à atividades criminosas, exercendo o tráfico como forma de sustento.*

*A Lei 11.464, de 28 de março de 2007, alterou o artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.*

*Com a alteração, o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072 determina que a pena dos dois crimes hediondos deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado.*

*Ora, devendo ser cumprida inicialmente no regime fechado implica em dizer que todo crime hediondo iniciará, obrigatoriamente, no regime fechado.*

*A leitura do § 2º, do mesmo Dispositivo Legal, que indica ser necessário o cumprimento de, no mínimo, dois quintos, para a progressão, confirma tal entendimento.*

*Dessa forma, deverão os réus iniciar, obrigatoriamente a pena no regime fechado.*

*Os réus responderam ao processo presos. Serem soltos após serem condenados por crime de tráfico de entorpecentes, que gera desassossego no meio social, trará descrédito para a Justiça. É tranquilo o entendimento que a ausência de credibilidade das instituições ofende a ordem pública.*

*Também se destaca que serem soltos após condenação por crime grave transmitirá idéia de impunidade, tanto para o agente como para terceiros, aumentando a criminalidade, fato que também ofende a ordem pública. Assim os réus não poderão apelar em liberdade" (fls. 33/36).*

Por sua vez, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

*"[...]*

*As circunstâncias da prisão, a quantidade, variedade e a forma de embalagem da droga apreendida (em porções individuais), demonstram a traficância. Como se sabe, não é necessária à realização do crime a efetiva*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*venda, bastando ter em depósito ou guardar ou trazer consigo para aquele fim.*

*As penas foram bem justificadas, não merecendo reparo.*

*As básicas foram as mínimas. Ausentes outras causas modificativas, assim resultaram definitivas.*

*Com relação à redução da pena em aplicação ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, o inconformismo da Defesa não colhe. Apesar de primários, os réus foram surpreendidos com expressiva quantidade de droga, em local conhecido como ponto de tráfico, sem contar que não comprovaram exercer atividade lícita, havendo fortes indícios de que faziam do nefando comércio seu meio de vida, não se tratando de meros traficantes eventuais, destinatários do benefício.*

*Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantida a r. Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal" (fls. 49/50).*

Observa-se que o Tribunal de origem afastou a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, por entender que os Pacientes não são traficantes eventuais.

Na hipótese, o Tribunal *a quo* ressaltou que quantidade, a variedade e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas em poder dos Pacientes – 18,4 (dezoito gramas e quatro decigramas) de cocaína, acondicionados em 39 invólucros, e 3,5g (três gramas e cinco decigramas) de 'maconha', acondicionados em 2 (dois) invólucros –, evidenciam o envolvimento de ambos com o tráfico de drogas, distinguindo-os, 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 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 recepção, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***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 fazem jus os Pacientes à aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Outrossim, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.**

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente." (STF, HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 16/12/2010.)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011, *v.g.*

Acrescente-se, ainda, que, em 15/02/2012, foi editada a Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da referida regra, *in verbis*:

*"RESOLUÇÃO N.º 5, DE 2012.*

*Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006.*

*O Senado Federal resolve:*

*Art. 1.º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4.º 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. 2.º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.  
Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012."*

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que os Pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada, estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão.

Por outro lado, no tocante ao regime de cumprimento de pena, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90, e afastou a obrigatoriedade de, aprioristicamente, fixar-se o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas, tendo em vista que a mencionada regra contraria o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido no mesmo sentido:

*"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/2 (UM MEIO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente, preso em flagrante delito no dia 26/01/2011, foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no art. 33, caput, c.c. o § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

2. 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Na espécie, a natureza da droga apreendida - 44 (quarenta e quatro) porções de "cocaína" acondicionadas em pequenos tubos do tipo "eppendorf", com peso líquido de 33,4 (trinta e três gramas e quatro decigramas) -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no 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.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Afastado o óbice legal à conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, pela Resolução n.º 05/2012 do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar o cabimento da conversão da reprimenda à luz do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, bem como para estabelecer o regime prisional adequado." (HC 245.858/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013.)

Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Confiram-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." (Súmula n.º 440)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do STJ)

*"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."* (Súmula n.º 719 STF)

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para determinar ao Juízo das Execuções que proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0238538-5

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 220.869 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1632009 3457110920108260000 50090084365 990103457110

EM MESA

JULGADO: 18/04/2013

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CÍCERO PEREIRA DA SILVA (PRESO)

PACIENTE : THIAGO BARBOSA COELHO (PRESO)

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.