



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 240.086 - RJ (2012/0080604-0)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : MACIEL GAUDIO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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 QUANTO AO REGIME PRISIONAL. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, NO TOCANTE À PENA-BASE.*

1. No caso em tela, em que pese ter sido reconhecida a primariedade do Paciente, a pena-base foi fixada acima do mínimo *"tendo em vista que responde por outros dois delitos."*

2. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados maus antecedentes para fins de majoração da pena-base, em respeito ao princípio da não culpabilidade. Aplicação da Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Por outro lado, na hipótese, o Tribunal *a quo* ressaltou que quantidade, a variedade e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do Paciente – 220g (duzentos e vinte gramas) de maconha prensada, acondicionadas em 16 (dezesesseis) invólucros plásticos, e 6g (seis gramas) de "crack", distribuídas em 13 (treze) pequenos invólucros plásticos incolores, contendo inscrições sugerindo ligação com integrantes da facção criminosa conhecida como Comando Vermelho –, evidenciam o seu grau de envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

4. 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.)

5. 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

6. 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 o Paciente não preenche 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.

7. 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.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções que proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda do Paciente para 05 (cinco) anos de reclusão.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir parcialmente o pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, 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.

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

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 240.086 - RJ (2012/0080604-0)

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PACIENTE : MACIEL GAUDIO

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de MACIEL GAUDIO – preso em flagrante no dia condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na apelação n.º 24568-70.2009.8.19.0031.

No presente *writ*, sustenta-se, em resumo, a ilegalidade na dosimetria da pena. Assim, afirma-se que a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 é medida que se impõe, tendo em vista que o Paciente preenche os requisitos legais. Por conseguinte, pede-se a conversão da pena privativa de liberdade em sanção restritiva de direitos, alegando-se que o Paciente preenche os requisitos legais. Aduz-se, ainda, que a gravidade abstrata do delito não é fundamento idôneo para a imposição de regime prisional mais severo do que a pena aplicada permitir.

Requer-se, desse modo, a aplicação da fração máxima da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 36/52, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 57/59, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 240.086 - RJ (2012/0080604-0)**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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 QUANTO AO REGIME PRISIONAL. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, NO TOCANTE À PENA-BASE.*

1. No caso em tela, em que pese ter sido reconhecida a primariedade do Paciente, a pena-base foi fixada acima do mínimo *"tendo em vista que responde por outros dois delitos."*

2. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados maus antecedentes para fins de majoração da pena-base, em respeito ao princípio da não culpabilidade. Aplicação da Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Por outro lado, na hipótese, o Tribunal *a quo* ressaltou que quantidade, a variedade e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do Paciente – 220g (duzentos e vinte gramas) de maconha prensada, acondicionadas em 16 (dezesseis) invólucros plásticos, e 6g (seis gramas) de "crack", distribuídas em 13 (treze) pequenos invólucros plásticos incolores, contendo inscrições sugerindo ligação com integrantes da facção criminosa conhecida como Comando Vermelho –, evidenciam o seu grau de envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

4. 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.)

5. 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"*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. 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 o Paciente não preenche 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.

7. 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.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções que proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda do Paciente para 05 (cinco) anos de reclusão.

### VOTO

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

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1500 (mil e quinhentos) dias-multa, porque, no dia 02/09/2009, foi preso em flagrante com 220 (duzentos e vinte) gramas de erva seca prensadas, distribuídas em 16 (dezesesseis) invólucros plásticos, além de 6 (seis) gramas de pequenas pedras branco-amareladas, distribuídas em 13 (treze) pequenos invólucros plásticos incolores. As referidas substâncias foram identificadas em laudo prévio como sendo, respectivamente, maconha e crack.

No caso, busca-se, em síntese, a aplicação da fração máxima da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos.

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

"[...]

**O acusado é primário, informando em sede de interrogatório que já foi processado. Porém na folha de antecedentes não consta ainda sentença com trânsito em julgado. Todavia elevo a sua pena base acima do mínimo, tendo em vista que responde por outros dois delitos. Aplico-lhe a pena de 6 (seis) anos de reclusão e multa de 1500 dias, à razão unitária mínima pela prática do delito do art. 33 da lei 11343/06.**

3.ª FASE



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Ausente qualquer causa de aumento ou diminuição. Torno definitiva a pena de 6 (seis) anos de reclusão e multa de 1500 dias, à razão unitária mínima pela prática do delito do art. 33 da lei 11343/06.*

### *REGIME DE PENA*

*Tendo em vista o art. 33, b c/c art. 59 todos do CP, fixo o regime inicial como o fechado.*

*ISTO POSTO, julgo procedente pretensão punitiva do Estado, para condenar acusado MACIEL GAUDIO, a 6 (seis) anos de reclusão e multa de 1500 dias, à razão unitária mínima pela prática do delito do art. 33 da lei 11343/06.*

*Deixo de substituir a pena, haja visto o disposto no art. 44, I do Código Penal" (fl. 25; sem grifos no original.)*

Por sua vez, o Tribunal *a quo* decidiu a questão sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

*"[...]*

*Natureza das drogas que associada à quantidade e às condições da apreensão comprovam a prática do tráfico ilícito de entorpecentes pelo apelante.*

*Conclui-se, portanto, plenamente demonstradas a autoria, a materialidade e a culpabilidade do apelante que, imputável, tinha plena consciência da ilicitude de suas ações censuradas na denúncia.*

*Não há como acolher a pretensão de desclassificação para o delito de uso, pois, como bem analisado na sentença, a forma de acondicionamento das drogas (maconha e crack) descritas no laudo indicam que não só serviriam para o consumo, como também para a mercancia.*

*Quanto à pretensão do apelante de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, inexistente tal possibilidade diante da vedação expressa no artigo 44, da lei n. 11.343/2006, bem como da incompatibilidade da conversão com o regime de cumprimento inicial da pena.*

*Com efeito, o regime inicial de cumprimento da pena será o fechado, ante o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, por se tratar de crime (tráfico) equiparado a hediondo. Nesse sentido, tem-se orientado a jurisprudência desta Câmara:*

*[...]*

*Ademais, não bastassem as razões acima expostas, ainda que preenchido o requisito subjetivo (primariedade), o requisito objetivo para a substituição da pena restritiva de direito não está presente, isto é, pena máxima de quatro anos. Circunstância que igualmente impede a suspensão da pena na forma do art. 77, do Código Penal.*

*Por fim, não há como acolher no parecer do Parquet de concessão ao apelante do benefício previsto no § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista não se mostrar um traficante eventual, pois já responde a outro processo criminal também por tráfico de drogas, como bem analisado pela douta Procuradoria de Justiça, em seu parecer:*

*"É que a benesse tem como destinatário o pequeno*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*traficante ocasional ou aquele que se inicia na atividade ilícita, primário e de bons antecedentes, não ligado a organização criminosa. O apelante, além de responder a processo anterior, também por tráfico de drogas, trazia consigo grande quantidade de substâncias tóxicas, de variadas espécies, inclusive cocaína em pedra – o abominável crack, de devastadora nocividade, altamente viciante. Além disso, o material entorpecente apreendido continha as inscrições veneno de nenem de 10 MCI I CVRL", 'boldo de 5 MGH CVRK e 'A Lei o Crime 50 CVRL-MGH, sugerindo ligação com integrantes da facção criminosa conhecida como Comando Vermelho. Nesse passo, o réu não merece a redução da pena prevista no § 4º, do art. 33.*

*[...]."*

*Desta maneira, diante das circunstâncias do crime, da conduta social e da personalidade do agente a pena-base deve ser mantida em 6 (seis) anos de reclusão e 1500 (mil e quinhentos) dias multa, não merecendo qualquer reparo a sentença.*

*Por tais razões, nego provimento ao recurso" (fls. 16/20).*

Inicialmente, ressalte-se que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

No caso, em que pese a ausência de pedido de diminuição da pena-base fixada pelas instâncias de origem, verifico que tal medida é de rigor, devendo ser concedida a ordem de ofício.

Com efeito, quanto aos antecedentes, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado, reiteradamente, o entendimento de que na fixação da pena-base e do regime prisional, inquéritos e processos em andamento, não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade.

Nesse sentido:

**"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO.**

*Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes).*

*Writ concedido." (HC 50.442/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 03/09/2007.)*

**"RECURSO ESPECIAL CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### *EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE.*

*Com a dosimetria da pena, o magistrado deve observar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e demais circunstâncias a ela relativa.*

*Na fixação da pena base, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus-antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade.*

*Recurso especial conhecido e parcialmente provido." (REsp 733.318/RS, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 05/09/2005.)*

No caso em tela, como se vê da sentença condenatória, em que pese ter sido reconhecida a primariedade do Paciente, a pena-base foi fixada acima do mínimo *"tendo em vista que responde por outros dois delitos"* (fl. 25).

Desse modo, nesse ponto, a ordem deve ser concedida, de ofício, para estabelecer a pena-base no mínimo legal.

Por outro lado, o Tribunal de origem afastou a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, por entender que o Paciente não é um traficante eventual.

Na hipótese, o Tribunal *a quo* ressaltou que quantidade, a variedade e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do Paciente – 220g (duzentos e vinte gramas) de maconha prensada, acondicionadas em 16 (dezesesseis) invólucros plásticos, e 6g (seis gramas) de "crack", distribuídas em 13 (treze) pequenos invólucros plásticos incolores, contendo inscrições sugerindo ligação com integrantes da facção criminosa conhecida como Comando Vermelho –, evidenciam o seu grau de envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, 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***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e 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 faz jus o Paciente 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**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 convalidação em causa, na concreta situação do paciente."* (STF, HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 16/12/2010.)

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 o Paciente não preenche 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Confirmam-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 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, em face da redução da pena do Paciente. Ademais, CONCEDO a ordem, de ofício, para reduzir a reprimenda do Paciente para 05 (cinco) anos de reclusão.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0080604-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 240.086 / RJ**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 245687020098190031 26902009

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 : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MACIEL GAUDIO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e  
Uso Indevido de Drogas

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deferiu parcialmente o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, 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.