



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.840 - SP (2012/0182612-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ANDRÉ LUIZ BICALHO FERREIRA
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ BICALHO FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO TIAGO DA SILVA DE SANTANA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO 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. No caso, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei de Drogas, às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, porque trazia consigo, para entrega e comercialização a terceiros pessoas, aproximadamente 21,2g (vinte e um gramas e dois decigramas) de "maconha".

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.

3. Não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelo Tribunal *a quo* quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

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 o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada, estabelecida em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 252.840 - SP (2012/0182612-7)

IMPETRANTE : ANDRÉ LUIZ BICALHO FERREIRA
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ BICALHO FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO TIAGO DA SILVA DE SANTANA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RICARDO TIAGO DA SILVA DE SANTANA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n.º 0021.893-90.2007.8.26.0361.

No caso, o Paciente foi preso em flagrante delito no dia 9 de novembro de 2007 e, posteriormente, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, todos da Lei n.º 11.343/2006. Em 11 de julho de 2008, finda a instrução criminal, o Juízo sentenciante desclassificou a conduta imputada ao Acusado, enquadrando-a no art. 28 da referida lei, ocasião em que determinou a expedição de alvará de soltura. Inconformado com a sentença, apelou o Ministério Público.

Em sede de apelação o Tribunal *a quo*, no dia 21 de junho de 2012, deu provimento ao recurso ministerial para condenar o Paciente às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei de Drogas, determinando a expedição de mandado de prisão em seu desfavor.

Busca-se, no *writ*, em suma, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, no patamar máximo; a fixação do regime inicial aberto; e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 222/223.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 231/262, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 266/273, opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.840 - SP (2012/0182612-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO 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. No caso, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei de Drogas, às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, porque trazia consigo, para entrega e comercialização a terceiras pessoas, aproximadamente 21,2g (vinte e um gramas e dois decigramas) de "maconha".

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.

3. Não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelo Tribunal *a quo* quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

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 o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada, estabelecida em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espécie.

VOTO

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

Colhe-se dos autos que o Paciente foi preso em flagrante delito, em 09/11/2007, e, posteriormente, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, todos da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo, para entrega e comercialização a terceiros pessoas, aproximadamente 21,2g (vinte e um gramas e dois decigramas) de "maconha".

Em 11/07/2008, o Juízo sentenciante desclassificou a conduta imputada ao Acusado, enquadrando-a no art. 28 da referida lei.

Por sua vez, o Tribunal *a quo*, em 21/06/2012, em sede de apelação, deu parcial provimento ao apelo ministerial, para condenar o Paciente às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei de Drogas, determinando a expedição de mandado de prisão em seu desfavor.

A propósito, confirmam-se os seguintes fundamentos do acórdão impugnado, *in verbis*:

"[...]

O acusado não ostenta antecedentes criminais.

Assim, na primeira fase do cálculo, mantém-se a pena-base e a sanção pecuniária no piso legal.

Incide, no caso "sub judice", a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei Antidrogas.

A quantidade de droga apreendida, o local da prisão, em frente a Escola do Jardim Yoneda, as circunstâncias da prisão, realizada em flagrante delito por servidores públicos no exercício de suas funções, evidenciam a destinação ao tráfico do entorpecente.

Assim, as reprimendas devem ser aumentadas em um sexto, perfazendo o total, de cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa.

A causa de diminuição do artigo 33, parágrafo 4º, que poderia ensejar a redução da pena imposta ao crime de tráfico, não se aplica à hipótese dos autos.

O acusado não preenche os requisitos necessários à concessão da mercê.

A despeito da primariedade do réu, as peculiaridades do caso em concreto permitem concluir que se dedica à atividade criminosa.

Veja-se que a Defesa, nada comprovou da inocência do apelado e nem mesmo de seus meios de subsistência. Quando de sua prisão em flagrante, disse que não trabalhava e nem estudava e que seu vício era sustentado por sua mãe, o que merece descrédito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre destacar que a nova Lei Antidrogas foi editada com o intuito de punir com maior a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, atendendo, inclusive, ao anseio do contribuinte de 1988, que equiparou a narcotraficância à prática de crimes hediondos (artigo 5º, XLIII, da Carta Magna).

Entretanto, anteviu o legislador a figura do traficante eventual, que não faz do ilícito nefasto meio de vida. Assim, para evitar que a este último fosse imposta sanção exagerada, estabeleceu a aplicação da causa de diminuição de pena, a qual será adotada em caráter excepcional, ante o preenchimento de requisitos minuciosamente impostos pela lei.

A prova produzida nos autos demonstra que a prática de tráfico de entorpecentes pelo agente não se dava em caráter eventual.

O ponto de venda de drogas estava situado nas proximidades de uma escola, local de grande circulação de crianças e adolescentes, facilitando a dispersão dos entorpecentes.

Tais circunstâncias, somadas à quantidade e forma de acondicionamento da droga apreendida permitem concluir que ele se dedicava à atividade criminosa, fazendo do comércio de drogas nefasto meio de vida.

Tem-se, portanto, que as peculiaridades do crime de tráfico de entorpecentes examinado nos presentes autos colidem frontalmente com um dos próprios requisitos estabelecidos pelo legislador na aludida mercê, qual seja, de que o agente não se dedique à atividade criminosa.

Por fim, fixa-se o regime fechado para início do cumprimento da pena.

O crime de tráfico configura espécie delitiva equiparada a crime hediondo, de sorte que o cumprimento da pena em regime diverso do fechado encontra óbice em expressa vedação legal, contida no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.

[...]

À luz do expendido "ut retro, reforma-se a r. Sentença desclassificatória, condenando o apelado pelo crime de tráfico de entorpecentes.

A) DÁ-SE, DESTARTE, PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DA JUSTIÇA PÚBLICA PARA CONDENAR O RÉU RICARDO TIAGO DA SILVA SANTANA COMO INCURSO NO ARTIGO 33, "CAPUT", COMBINADO COM O ARTIGO 40, INCISO III, AMBOS DA LEI Nº 11.343, DE 26 DE AGOSTO DE 2006, À PENA DE CINCO ANOS E DEZ MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL FECHADO, E AO PAGAMENTO DE QUINHENTOS E OITENTA E TRÊS DIAS-MULTA, FIXADOS NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL" (fls. 214/218; sem grifos no original.)

Busca-se, no presente writ, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo; a fixação do regime inicial aberto; e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso em apreço, conforme se constata das transcrições realizadas, verifica-se que o benefício foi negado ao Paciente mediante fundamentação idônea, restando justificada a não incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em razão do reconhecimento de que o Paciente se dedicava à atividade criminosa.

Por oportuno, transcrevo os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE SEUS REQUISITOS. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. Faz jus à diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 o acusado que preenche todos os seus requisitos, ou seja, seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem faça parte de organização desse gênero.

2. No caso, não há como aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, visto que, conforme demonstrado pelas instâncias ordinárias, a paciente não se enquadra nos requisitos necessários à obtenção da benesse, tendo sido reconhecida sua participação em organização criminosa, pelo modus operandi do delito, além da grande quantidade de droga apreendida em seu poder, na medida em que ingeriu 96 cápsulas de cocaína - totalizando quase 1 quilo da droga - a fim de transportá-la para o exterior, sendo certo que, sem sua atuação, a organização não teria como completar a atividade ilícita.

3. Ademais, alterar o referido entendimento demandaria, necessariamente, o exame aprofundado dos elementos de prova, providência inviável na via eleita.

4. Habeas corpus denegado."(HC 167.026/SP, 6.ª Turma, Rel. Min HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), DJe de 25/10/2010; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DA DROGA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. O pedido de absolvição pela alegação de insuficiência de prova que teria levado à condenação do paciente não se compatibiliza com os limites estreitos do habeas corpus, por demandar inevitável incursão no material fático-probatório.

2. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. O Tribunal de origem destacou que a significativa quantidade de drogas e a evidência de que o paciente se dedicava à atividade criminosa impede a adoção do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que exige a cumulação dos requisitos exigidos no referido dispositivo legal.

4. Diante da presença de circunstâncias desfavoráveis reconhecidas na sentença de primeiro grau, mantém-se o regime fechado para início de cumprimento de pena.

5. *Ordem denegada.*" (HC 162.212/GO, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 02/08/2010; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. INCIDÊNCIA RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É firme o entendimento desta Turma no sentido de que a causa de diminuição inculpada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pode incidir nos crimes cometidos ainda na vigência da lei anterior.

2. Contudo, na hipótese, o Juízo de primeiro grau concluiu que a paciente integrava organização criminosa voltada para o comércio de entorpecente, o que culminou com sua condenação pelo delito de associação para o tráfico, previsto, na época, no art. 14 da Lei nº 6.368/76.

3. *Ordem denegada.*" (HC 127.639/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 07/06/2010; sem grifo no original.)

Ressalte-se, ademais, não ser possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do Paciente à atividade criminosa, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada." (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifo no original.)

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.

2. Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.

3. A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver." (HC 90.350/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 14/04/2008; sem grifo no original.)

De outra parte, 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

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 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0182612-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 252.840 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 17312007 218939020078260361 990081862492

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 : ANDRÉ LUIZ BICALHO FERREIRA
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ BICALHO FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO TIAGO DA SILVA DE SANTANA

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.