



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 150.440 - SP (2009/0200726-6)**

RELATOR : **MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**
IMPETRANTE : RENATO GOMES MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALICE KEIKO SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS SEUS REQUISITOS. ACUSADA QUE SE DEDICAVA AO TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVE DO QUE O LEGALMENTE PREVISTO. ARTIGOS 33, §§ 2º E 3º, E 59 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ARTIGO 44 DO CP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1 - A causa de diminuição de pena deixou de ser aplicada de forma fundamentada, entendendo o Tribunal de origem que a paciente não preenchia os requisitos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, consubstanciado no fato de que a acusada se dedicava à atividade criminosa.

2 - A conclusão do Tribunal **a quo** está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo certo que para a desconstituição do que foi decidido nas instâncias ordinárias seria necessário o revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com a estreita via do **habeas corpus**.

3. Reconhecida a primariedade da ré, fixada a pena-base no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, e tratando-se de crime praticado sob a égide da Lei nº 6.368/1976 sem violência ou grave ameaça a pessoa, é de rigor a fixação do regime aberto e a substituição da sanção corporal.

4. Ordem parcialmente concedida para garantir à paciente o direito de descontar a reprimenda no regime aberto, além de permitir a sua substituição por duas medidas restritivas de direitos, nos termos fixados na sentença condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília (DF), 18 de maio de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.440 - SP (2009/0200726-6)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Alice Keiko Souza, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que a paciente foi condenada como incurso no art. 12, **caput**, da Lei nº 6.368/1976, à pena de 3 anos de reclusão, no regime fechado, e 50 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Em sede de apelação criminal, foi dado parcial provimento ao recurso ministerial para cassar a substituição das penas corporais, mantida, no mais, a sentença.

Busca a impetração a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, em seu grau máximo, a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, bem como a fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda.

A liminar foi indeferida à fl. 38.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 51/62), opinou pela concessão parcial da ordem, apenas para possibilitar que o juízo da execução substitua a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.440 - SP (2009/0200726-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): No caso, o Tribunal de origem, para deixar de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, assim consignou:

“No caso específico dos autos, a diversidade de entorpecentes - cocaína, pedras de crack e maconha - e a forma individualizada de embalagem, estão a indicar, de maneira insofismável, que se destinava todo o entorpecente apreendido à narcotraficância.

Como se isso não bastasse, urge rememorar a apreensão de um caderno (fls. 149) contendo inúmeras anotações e descritas no laudo de fls. 147/148, indicativas do espúrio comércio de drogas.

A condenação, por tudo que se expôs, era mesmo imperativa.

A pena foi fixada com correção, porquanto observados os patamares mínimos. Não merece modificação.

De outra parte, a gravidade das condutas atribuídas aos acusados impede a concessão de qualquer benefício, mormente a manutenção da substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, pois estas estão reservadas, somente, aos crimes de menor potencial ofensivo, lato sensu.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que:

'a Lei dos Crimes Hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos exclui a incidência da Lei 9.714/98, modificativa da parte geral do Código Geral, por força do artigo 12 do próprio diploma penal material brasileiro' (HC nº 12.562-0, Rel. Min. Hamilton Carvalho)

*De outra banda, anoto que a Lei nº 11.343/2006, exterminando a controvérsia existente a respeito, manteve a proibição de substituição das penas corporais por reprimendas restritivas, estabelecendo expressamente que 'os crimes previstos nos arts. 33, **caput** e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de 'sursis', graça, indulto e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos' (sem destaques no original).*

Portanto, nesse ponto, imprescindível o acolhimento do apelo ministerial.

Já no que diz respeito ao regime de cumprimento de pena, agiu acertadamente o MM. Juiz sentenciante, pois a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seu artigo 2º, § 1º, que as penas relativas aos crimes previstos no **caput** deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas inicialmente em regime fechado.

Inviável, pois, o cumprimento de pena no regime mais brando.

Por outro lado, era de rigor a não aplicação da causa de aumento de pena estampada no inciso III do artigo 18 da Lei nº 6.368/76.

E isso se deve ao fato de que dita majorante foi abolida pela Lei nº 11.343/06, posto que não mais contemplou o acréscimo em razão do concurso de agentes ou associação eventual para a narcotraficância.

Tratando-se de lei posterior mais benéfica, deve obrigatoriamente retroagir em favor dos acusados, consoante determina o artigo 2º, § único, do Código Penal.

Nesse diapasão, merece destaque aresto do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

'A Lei nº 11.343/06, que revogou expressamente a Lei nº 6.368/76, ao definir novos crimes e penas, não previu a incidência de majorante na hipótese de associação eventual para a prática dos delitos nela previstos. Logo, diante da **abolitio criminis** trazida pela nova lei, impõe-se retirar da condenação do Paciente a causa especial de aumento do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76, em obediência à retroatividade da lei penal mais benéfica.' (STJ - DJ 06.08.2007 - p. 545 - grifei).

Destarte, bem afastada a causa de aumento de pena ora em discussão.

Por fim, inaplicável a causa de diminuição de pena estipulada no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

A atividade criminosa inegavelmente desenvolvida pelos apelantes, por si só, já seria o bastante para impedir a redução, valendo lembrar que confessaram aos milicianos, no instante da prisão, que estavam desempregados e que elegeram a traficância como único meio de vida. Não poderiam, por isso mesmo, ser rotulados como traficantes eventuais ou ocasionais, estes, sim, os únicos destinatários da benesse legal criada, ainda que indevidamente, pelo legislador.

Mas, além disso, a variedade e a expressiva quantidade de droga apreendida também estão a obstar o reconhecimento da aludida causa de diminuição.

Não é suficiente o mero preenchimento objetivo dos requisitos preconizados no aludido dispositivo legal - primariedade, bons antecedentes e não dedicação às atividades criminosas ou participação em organização criminosa - para que seja declarado o direito à diminuição da pena.

Há, também, necessidade da fiel observância do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, que estabelece que a natureza e a quantidade da substância ou produto entorpecente devem ser considerados, com preponderância, sobre o que dispõe o artigo 59, do Código Penal, permitindo, por isso mesmo e por antítese ao primeiro dispositivo (artigo 42), até mesmo a negativa da redução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, além das circunstâncias pessoais favoráveis (artigo 59, do CP) e por oposição à regra do artigo 42, da Lei de Drogas, não pode ser excessiva, como na hipótese dos autos, a quantidade de entorpecente apreendida e ilegalmente comercializada, sob pena de inaplicabilidade do redutor em questão. Destarte, as reprimendas devem permanecer como estipuladas.” (fls. 18/23)

Como visto, a referida causa de diminuição deixou de ser aplicada de forma fundamentada, entendendo o Tribunal de origem que a paciente não preenchia os requisitos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, consubstanciado no fato de que a acusada, que estava desempregada, se dedicava à atividade criminosa, em vista da diversidade de entorpecentes, a forma individualizada de embalagem e a apreensão de caderno de controle da traficância.

Assim, inexistente o alegado constrangimento ilegal, pois a conclusão a que chegou o Tribunal **a quo** está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo certo que para a desconstituição do que foi decidido nas instâncias ordinárias seria necessário o revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com a estreita via do **habeas corpus**.

No mesmo sentido é a jurisprudência desta Corte:

A - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. PACIENTE QUE, DE ACORDO COM AS INSTÂNCIAS DE MÉRITO, SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, nos delitos definidos no caput e no § 1º daquele artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Não incide a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quando as instâncias de mérito, com base nos elementos probatórios constantes dos autos - tais como interceptações telefônicas autorizadas judicialmente e depoimentos prestados sob o crime do contraditório e da ampla defesa -, concluíram que a paciente, juntamente outro corréu, se dedica ao comércio de tráfico de drogas 'de modo reiterado, organizado e habitual e faziam do tráfico seu meio de vida'.

3. Para se chegar a conclusão diversa, ademais, seria imprescindível o reexame de fatos e provas que permeiam a lide,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao que não se presta o procedimento sumário e documental do **habeas corpus**. Precedentes.

4. Ordem denegada."

(HC nº 126.707/SP, Relator o Ministro **CELSO LIMONGI**, DJe de 5/4/2010)

B - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE UM DOS SEUS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.

1 - Trata-se, o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, de norma de direito material de observância obrigatória quando da fixação da pena nos delitos por ela regulados, assim também em relação aos seus correspondentes estabelecidos na legislação anterior, por imperativo constitucional, eis que beneficia o agente dada a possibilidade de redução da reprimenda.

2 - Não faz jus à diminuição da pena a paciente que se dedica a atividade criminosa, circunstância motivadamente reconhecida pelo Tribunal de origem.

3 - Ordem denegada."

(HC nº 84.494/SP, Relator o Ministro **PAULO GALLOTTI**, DJe de 23/6/2008)

C - "PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, C/C O 18, INCISO I, AMBOS DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA E INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA.

Inviável a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, se expressamente reconhecido na r. sentença condenatória que o paciente dedica-se à atividade criminosa e integra organização criminosa. Destarte, tais afirmações só poderiam ser infirmadas a partir de análise profunda do material probatório, medida incabível na via do **habeas corpus** (Precedentes).

Habeas corpus denegado."

(HC nº 122.027/SP, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJe de 15/6/2009)

Por outro lado, assiste razão à impetração quanto à fixação do regime aberto para o desconto da reprimenda corporal, bem como permitir a sua substituição por medidas restritivas de direitos, eis que favoráveis as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo certo, ademais, que a sanção definitiva é inferior a 4 anos e o crime foi praticado sob a égide da Lei nº 6.368/1976,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem violência ou grave ameaça a pessoa.

Veja-se:

*"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/1976. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. APELO MINISTERIAL IMPROVIDO. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME ABERTO E PERMITIR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.*

1. A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que as disposições benignas contidas na Lei nº 11.343/06, incluindo o disposto no seu art. 33, § 4º, aplicam-se aos crimes cometidos na vigência da Lei nº 6.368/76, nas hipóteses em que o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, e nem integrar organização criminosa.

2. Segundo consta dos autos, a paciente é primária e portadora de bons antecedentes, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Outrossim, não há provas de que se dedique a atividades criminosas ou integre tais organizações. De rigor, portanto, a incidência do referido dispositivo.

3. De outra parte, se as circunstâncias judiciais são favoráveis à paciente, e o delito foi cometido sob a égide da Lei nº 6.368/76, é viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, assim como o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade.

*4. Recurso a que se nega provimento. **Habeas corpus** concedido, de ofício, para estabelecer o regime aberto e substituir a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana." (REsp nº 1.105.287/RJ, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 3/8/2009.)*

Diante do exposto, concedo parcialmente o **habeas corpus** para garantir à paciente o direito de descontar a reprimenda no regime aberto, além de permitir a sua substituição por duas medidas restritivas de direitos, nos termos fixados na sentença condenatória.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0200726-6

HC 150440 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2680120060058019 6942006 993070914866

EM MESA

JULGADO: 18/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RENATO GOMES MOREIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ALICE KEIKO SOUZA

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

CERTIDÃO

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

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

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 18 de maio de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário