



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.464 - RJ (2010/0057108-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : KÁTIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LUCIANA SILVA FERREIRA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL E PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. FIXAÇÃO EM 1/2. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ANÁLISE SOBRE A FIXAÇÃO DE OUTRO REGIME E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

1. Em regra é vedada a revisão da dosimetria em *habeas corpus*, somente cabível quando há flagrante ilegalidade, como no caso, em que aplicada a causa especial de diminuição no tráfico, sem qualquer fundamentação, mas, pura e simplesmente, com definição do percentual de 1/2.

2. A existência de uma graduação (de 1/6 a 2/3) reclama decisão fundamentada com as características do caso concreto.

3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Ordem concedida para determinar ao Tribunal de origem que refaça a dosimetria, com fundamentação concreta, no tocante à causa especial de diminuição, analisando ainda a possibilidade de fixar outro regime inicial diferente do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília, 19 de abril de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.464 - RJ (2010/0057108-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : KÁTIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LUCIANA SILVA FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCIANA SILVA FERREIRA, apontando como autoridade coatora a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu parcial provimento à apelação da defesa, em acórdão ementado *verbis*:

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO PELA PRECARIEDADE PROBATÓRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. Correto o decreto condenatório pelo delito de tráfico de entorpecentes, tendo em vista as provas de autoria e da materialidade, em especial, destaca-se a quantidade, a diversidade e o modo de acondicionamento que caracterizam a mercancia. A pena-base foi fixada acima do mínimo, merecendo reforma por estar exacerbada. Cabível a aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, tendo em vista a primariedade da apelante e não ter restado demonstrado que a mesma integrava organização criminosa. Deste modo, a pena deve ser reduzida de metade, sendo totalizada em 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 250 dias-multa. PROVIMENTO PARCIAL PARA DIMINUIR A PENA PARA 02 ANOS E 06 MESES DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE 250 DIAS-MULTA". (fl. 49).

Informa o impetrante que a paciente foi condenada como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado. Contra referido *decisum*, interpôs recurso de apelação, ao qual se deu parcial provimento, para fixar a pena em seu mínimo legal, reduzindo-a à metade, em razão da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Sustenta, no entanto, que o acórdão vergastado, ao reduzir a pena à metade, não trouxe fundamentação concreta, "tal como exige o princípio do livre convencimento motivado", para deixar de aplicar, *in casu*, a redução máxima de 2/3.

Aduz que, da mesma forma que o homicídio privilegiado não é considerado crime hediondo, porque não foi previsto no artigo 1º da Lei 8.072/90, também não se deve considerar "a figura híbrida do tráfico privilegiado como equiparado a crime hediondo".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Argumenta, ainda, que a figura do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 não está contemplada no rol do artigo 44 da referida Lei, que proíbe fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, pois cuida-se, a seu ver, de uma figura diferenciada.

Por fim, traz à colação julgados do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça, nos quais permitiu-se o cumprimento da pena aplicada ao tráfico em regime aberto, ou sua substituição por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente, que a paciente possa aguardar em liberdade, ou em estabelecimento adequado ao regime aberto, o julgamento do presente *writ*. No mérito, pugna pela aplicação do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 2/3, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e alterando-se o regime de cumprimento da pena para aberto ou semiaberto.

Indeferida a liminar (fls. 60/63) e prestadas informações (fls. 73/96), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 99/106).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.464 - RJ (2010/0057108-0)

EMENTA

PROCESSUAL E PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. FIXAÇÃO EM 1/2. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ANÁLISE SOBRE A FIXAÇÃO DE OUTRO REGIME E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

1. Em regra é vedada a revisão da dosimetria em *habeas corpus*, somente cabível quando há flagrante ilegalidade, como no caso, em que aplicada a causa especial de diminuição no tráfico, sem qualquer fundamentação, mas, pura e simplesmente, com definição do percentual de 1/2.

2. A existência de uma graduação (de 1/6 a 2/3) reclama decisão fundamentada com as características do caso concreto.

3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Ordem concedida para determinar ao Tribunal de origem que refaça a dosimetria, com fundamentação concreta, no tocante à causa especial de diminuição, analisando ainda a possibilidade de fixar outro regime inicial diferente do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Como visto, a pretensão em exame é de aplicar o redutor máximo de 2/3, na terceira fase da dosimetria (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006) e, em consequência, alterar o regime inicial de fechado para semiaberto ou aberto e ainda substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A sentença negou a diminuição porque concluiu que a paciente integraria organização criminosa.

O acórdão, por sua vez, aplicou a causa de diminuição, mas não pelo máximo, no patamar 1/2, nestes termos (fl. 53):

Pretende, ainda, a defesa a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, o que também



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

merece acolhimento.

Deve-se observar que a Lei de Tóxicos 11343/07 prevê alguns benefícios para o réu condenado por infringência ao artigo 33, caput ou parágrafo Iº, estabelecendo no parágrafo 4º que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (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, como no caso presente.

Deste modo, a pena-base deve ser reduzida em metade, restando a mesma totalizada em 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 250 dias-multa.

Verifica-se que o julgado em questão não apresenta nenhuma fundamentação acerca do montante de diminuição, limitando-se a aplicar a causa de redução em 1/2, sem qualquer motivação.

Nesse contexto, a meu ver, há ilegalidade, pois o parágrafo em comento não instituiu uma graduação (de um 1/6 a 2/3) à toa, mas, ao contrário, se ela existe é porque há de ser concretamente fundamentado o tamanho da redução, quando cabível, com elementos do caso que está sendo decidido.

A fixação, pura e simples, do percentual de diminuição, sem qualquer alusão ao caso concreto, avilta as mais comezinhas garantias processuais.

É certo que, em regra, o *habeas corpus* não é a via adequada para se discutir pena, entretanto, em casos deste jaez, onde a ilegalidade é flagrante, não se mostra impróprio.

Nesse sentido:

Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

(HC 119.544/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

Da minha relatoria, *mutatis mutandis*:

Somente se conhece de *habeas corpus*, visando a redução da pena-base, se demonstrada flagrante ilegalidade, ausente na espécie.

(HC 95.118/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 06/09/2010)

Em consequência, não é demais lembrar que há de ser feita também a análise acerca do regime e da substituição da reprimenda, dado que tanto a estipulação do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

O citado *writ* possui esta ementa:

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

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

No mesmo sentido:

Tráfico de drogas: “sursis” e substituição de pena por restritiva de direitos

A 1ª Turma julgou prejudicado *habeas corpus* em que condenado à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime fechado e 166 dias-multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33), pleiteava a suspensão condicional da pena nos termos em que concedida pelo Tribunal de Justiça estadual. Em seguida, deferiu, de ofício, a ordem para reconhecer a possibilidade de o juiz competente substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei. A impetração questionava acórdão que, em 9.3.2010, ao dar provimento a recurso especial do *parquet*, não admitira o *sursis*, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

virtude de expressa vedação legal. Consignou-se que, ao julgar o HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010), o Supremo concluiu, em 1º.9.2010, pela inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º; e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, ambos na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito em apreço. Asseverou-se, portanto, estar superado este impedimento. Salientou-se que a convalidação da reprimenda por restritiva de direitos seria mais favorável ao paciente. Ademais, observou-se que o art. 77, III, do CP estabelece a aplicabilidade de suspensão condicional da pena quando não indicada ou cabível a sua substituição por restritiva de direitos (CP, art. 44). HC 104361/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.5.2011. (HC-104361)

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

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, entendendo inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A esse respeito, o Senado Federal editou a Resolução nº 5, publicada no DOU de 16 de março de 2012, suspendendo a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Ante o exposto, concedo a ordem para determinar ao Tribunal de origem que refaça a dosimetria com fundamentação concreta, no tocante à causa especial de diminuição, analisando ainda a possibilidade de fixar outro regime inicial diferente do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0057108-0

HC 167.464 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 172133920098190021 20090210172868

EM MESA

JULGADO: 19/04/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : KÁTIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : LUCIANA SILVA FERREIRA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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