

Habeas corpus - Tráfico ilícito de drogas -
Aplicação da causa de diminuição prevista no
§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu grau
máximo (2/3) - Impossibilidade - Dosimetria
da pena devidamente fundamentada - Regime
inicial aberto e substituição da pena privativa de
liberdade por restritiva de direitos - Possibilidade -
Ordem parcialmente concedida

I - O Tribunal de Justiça local considerou favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, para fixar a pena-base no mínimo legal, valendo-se da natureza e da quantidade de entorpecentes

apreendidos (sete invólucros contendo cocaína, com peso total de 1,44 gramas) apenas na aplicação do redutor na fração de 1/3.

II - A fixação do *quantum* de redução da pena no patamar intermediário foi devidamente fundamentada na natureza e na quantidade de entorpecentes apreendidos, aspectos não considerados na aplicação da pena-base.

III - A regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 tem sido afastada por esta Turma quando presentes os requisitos do art. 33, II, c, do Código Penal, para impor ao paciente o regime inicial aberto.

IV - Ante a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal, deve ser reconhecida, mediante avaliação do caso concreto, a possibilidade da concessão do benefício da substituição da pena, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal.

V - Ordem parcialmente concedida, para fixar o regime aberto como o regime inicial de cumprimento de pena, bem como para determinar que o juízo das execuções criminais avalie se o paciente reúne os requisitos necessários, previstos no art. 44 do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

HABEAS CORPUS Nº 111.247 - MG - Relator: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Paciente: Renato Martins. Impetrante: Defensoria Pública da União. Procurador: Defensor Público-Geral Federal. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, conceder parcialmente a ordem, para fixar o regime aberto como o regime inicial de cumprimento da pena, bem como para determinar que o juízo das execuções criminais avalie se o paciente reúne os requisitos necessários, previstos no art. 44 do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 27 de março de 2012. - Ricardo Lewandowski - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Renato Martins, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem pleiteada no HC 181.864/MG, Rel.º Min.º Laurita Vaz.

A impetrante narra, de início, que o paciente foi condenado à pena de sete anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

Diz, ainda, que a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento ao recurso, para fixar a pena-base no mínimo legal e aplicar a causa especial de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em 1/3, reduzindo a reprimenda para três anos, dez meses e vinte dias de reclusão.

Notícia também que contra essa decisão impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, com os pedidos de aplicação do redutor no máximo previsto em lei (2/3), regime inicial aberto e substituição da pena corporal por restritiva de direitos. A ordem, contudo, foi denegada.

É contra o acórdão da Corte Superior que se insurge a impetrante.

Relata, inicialmente, que, embora todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal tenham sido favoráveis ao paciente, o Tribunal de Justiça local aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no patamar intermediário de 1/3, por considerar expressiva a quantidade de droga apreendida.

Assevera, mais, que a quantidade de entorpecentes não pode ser considerada significativa, pois não ocasionou o aumento de pena decorrente da aplicação do art. 42 da Lei de Tóxicos.

Afirma, ainda, que, se as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis ao paciente, “devem ser consideradas para que possa ser alcançado o melhor meio para a reprimenda do paciente, sem necessidade de que a pena seja corpórea, visando à plena ressocialização do paciente da melhor forma possível”.

Sustenta, também, a possibilidade de fixação de um regime inicial mais brando do que o fechado, dado que o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal permite aos condenados com pena inferior a quatro anos de reclusão o cumprimento da reprimenda no regime inicial aberto, sem fazer distinção quanto ao tipo de delito.

Além disso, argumenta que, declarada a inconstitucionalidade dos arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto), “não permanece justificável a impedir a aplicabilidade do regime

diferenciado para o início de cumprimento de pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos [...]”.

Requer, ao final, seja concedida a redução da pena em seu patamar máximo permitido (2/3), o regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em 30.11.2011, não havendo pedido de liminar a ser apreciado e estando bem instruídos os autos, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República, Cláudia Sampaio Marques, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Bem examinados os autos, tenho que o caso é de parcial concessão da ordem.

O acórdão ora questionado possui a seguinte ementa:

Habeas corpus. Penal. Tráfico ilícito de drogas. Causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos. Fixação do *quantum* de redução. Aplicação, pelo Tribunal de Justiça, no patamar de 1/3. Ausência de constrangimento ilegal. Fixação de regime prisional fechado. Obrigatoriedade. Crime cometido sob a égide da Lei 11.464/2007. Pleito de substituição da pena privativa de liberdade. Impossibilidade. Medida que não se mostra socialmente recomendável na hipótese. Ordem denegada.

1. O art. 42 da Lei 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 07 invólucros de cocaína, pesando 1,44 gramas -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4º, 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.

4. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006.

6. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, tendo em vista as peculiaridades do caso, que justificaram, aliás, a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos no patamar intermediário de um terço (1/3), em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida.

7. Ordem denegada.

Conforme relatado, a impetrante postula a redução da pena no patamar máximo permitido (2/3), o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A pretensão merece acolhida, em parte.

Quanto à dosimetria da pena, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto do Revisor, para fixar a pena-base no mínimo legal e aplicar a causa especial de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em 1/3, reduzindo a reprimenda para três anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em voto assim fundamentado:

[...]

Assim, reestruo a pena-base para o delito do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, para fixá-la em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Não há atenuantes ou agravantes da pena.

[...]

Feitas tais considerações, faz-se imperioso o reconhecimento da mencionada causa de diminuição, já que presentes todos os requisitos legais previstos,

Assim, levando em conta a natureza e a quantidade da droga apreendida (07 invólucros contendo cocaína, droga de elevado poder nocivo e viciante), sem prejuízo da análise favorável das circunstâncias judiciais, aplico a fração de 1/3, fixando as penas em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa.

Presente, por fim, a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, mantenho a fração utilizada pelo nobre Sentenciante (1/6) e torno a reprimenda definitiva no patamar de 03 (três) anos e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 390 (trezentos e noventa) dias-multa, no valor unitário mínimo (grifos no original).

Como visto, o Tribunal de Justiça local considerou favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, para fixar a pena-base no mínimo legal, valendo-se da natureza e da quantidade de entorpecente apreendido (7 invólucros contendo cocaína, com peso total de 1,44 gramas) apenas na aplicação do redutor na fração de 1/3.

Da leitura daquele *decisum*, percebe-se que a fixação do *quantum* de redução a pena no patamar intermediário foi devidamente fundamentada, inclusive, sem fazer referência a qualquer outra circunstância considerada anteriormente, até porque não havia. O argumento de que a quantidade de droga não poderia ser utilizada para impedir a aplicação do redutor no seu grau máximo, tendo em vista que não foi considerada na primeira fase da dosimetria, só reforça a tese de que não houve qualquer irregularidade na fixação da pena. O contrário é que não seria possível, sob pena de violação ao postulado do *ne bis in idem*.

Demais disso, entendo que o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação e

prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo de redução.

Nesse sentido, cito, entre outros, os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Tráfico de drogas e receptação (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e art. 180, *caput*, do Código Penal). Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 no *quantum* de 1/6. Decisão suficientemente fundamentada. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. O juiz de primeiro grau não utilizou as mesmas circunstâncias judiciais como fundamento de mais de uma fase da dosimetria da pena, não havendo que se falar, portanto, na ocorrência de *bis in idem*. O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena liberdade para aplicar a redução no *quantum* reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Ordem denegada (HC 99.440/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

Habeas corpus. Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo (2/3). Utilização das mesmas circunstâncias judiciais em duas das três fases da dosimetria. Inocorrência. Reprimenda adequada para a reprovação e prevenção do crime. Impossibilidade de se avaliar, na via do *habeas corpus*, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual foram condenados os pacientes. Ordem denegada.

I - Tenho que o magistrado não se utilizou das mesmas circunstâncias judiciais (quantidade e qualidade da droga) para fixar as penas-bases dos pacientes e, em ato posterior, diminuí-las no patamar mínimo (1/6), decorrente da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena liberdade de aplicar a redução no patamar conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo.

III - O *habeas corpus* não pode ser utilizado como forma de se verificar qual a pena adequada para os delitos pelos quais o paciente foi condenado, uma vez que representaria um novo juízo de reprovabilidade.

IV - Ordem denegada (HC 102.487/MS, de minha relatoria).

Por fim, tenho que a reprimenda fixada, definitivamente, em três anos, dez meses e vinte dias de reclusão não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo certo que não se pode utilizar o *habeas corpus* para realizar novo juízo de reprovabilidade e ponderar, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual foi condenado o paciente (HC 94.655/MT, Rel. Min.ª Cármen Lúcia).

No mesmo sentido, cito, entre outros, os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Tribunal: 95.864/SE, Rel. Min.ª Cármen Lúcia; HC 95.679/RJ, Rel.ª Min. Ellen Gracie.

Já no que concerne ao regime inicial para o cumprimento da pena, penso que tem razão a impetrante.

No caso sob exame, verifico que todas as circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal foram favoráveis ao paciente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Contudo, a Corte estadual fixou o regime inicial fechado, apenas por se tratar de crime equiparado a hediondo.

Transcrevo, por oportuno, a justificativa utilizada pelo Tribunal mineiro para fixar o regime mais gravoso: "No mais, o regime inicial para cumprimento da pena foi acertadamente fixado (fechado - crime equiparado a hediondo)".

Ocorre que, em recentes julgados, esta Segunda Turma concedeu a ordem a pacientes condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, com afastamento da regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 (redação dada pela Lei 11.464/2007), que determina o cumprimento no regime inicial fechado, para permitir-lhes que iniciem o cumprimento das suas reprimendas no regime aberto, porque presentes, no caso concreto, os requisitos previstos no art. 33, II, c, do Código Penal.

Cito, por exemplo, o HC 106.153/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, assim ementado:

1. *Habeas corpus*. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 6.368/1976). 3. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Possibilidade. Precedentes do Plenário (HC n. 97.256/RS). 4. Fixação do regime inicial aberto. 5. Aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Requisitos atendidos. Ordem concedida.

Assim, presentes os requisitos do art. 33, II, c, do Código Penal, o regime inicial aberto deve ser concedido ao paciente.

Relativamente à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o Plenário deste Tribunal já teve a oportunidade de assentar a inconstitucionalidade dessa vedação contida no § 4º do art. 33 e na parte final do art. 44 da referida lei. Essa decisão foi tomada no HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, cuja ementa é a seguinte:

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Art. 44 da Lei 11.343/2006: Impossibilidade de conversão da pena privada 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 delinquente 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 a 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 sequelas. 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 comportamento 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, este, 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 substituída (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 direito, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente.

...

Nesses termos, ante a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal, deve ser reconhecida, mediante a avaliação do caso concreto, a possibilidades da concessão do benefício da substituição da pena, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Com essas considerações, concedo parcialmente a ordem, para fixar o regime aberto como o inicial de cumprimento da pena, bem como para determinar que o juízo das execuções criminais avalie se o paciente reúne os requisitos necessários, previstos no art. 44 do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Extrato de ata

Decisão: Ordem parcialmente concedida, para fixar o regime aberto como o regime inicial de cumprimento da pena, bem como para determinar que o juízo das execuções criminais avalie se o paciente reúne os requisitos necessários, previstos no art. 44 do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Falou, pelo paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma, 27.03.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Karima Batista Kassab - Coordenadora.

(Publicado no DJe de 12.04.2012.)