



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 244.574 - AC (2012/0114686-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : CARLOS GOMES FERREIRA
ADVOGADO : MARCOS AMTÔNIO CHAVES DE CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. **1.** TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (1KG DE COCAÍNA). NATUREZA ALTAMENTE LESIVA **2.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PLEITO PREJUDICADO. **3.** RECURSO IMPROVIDO.

1. A regra excepcional do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 tem como destinatário o pequeno traficante, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

2. Embora o agravante seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a considerável quantidade de entorpecente apreendido (1Kg de cocaína), bem como sua natureza altamente lesiva, levam a crer que se dedica às atividades criminosas e que não é iniciante no comércio ilícito de drogas.

3. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, nada obstante a pena imposta ao agravante ser inferior a 8 (oito) anos de reclusão - diga-se, 5 (cinco) anos -, o abrandamento do regime é medida que se mostra inadequada, levando em conta a quantidade e a natureza da droga apreendida em seu poder. Precedentes do STJ.

4. Mantidos os limites da sentença condenatória, fica superado o pleito de substituição da pena segregatória por restritiva de direitos, porquanto o **quantum** de pena fixado, 5 (cinco) anos de reclusão, não comporta a concessão de benefício, conforme descrito no art. 44, I, do Código Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 244.574 - AC (2012/0114686-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de agravo regimental interposto por Carlos Gomes Ferreira, por intermédio da Defensoria Pública da União, contra a decisão monocrática de minha relatoria, proferida nos seguintes termos (fls. 31/36):

*Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Carlos Gomes Ferreira, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Acre.*

*Consta dos autos ter sido o paciente condenado pela prática da conduta descrita no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.*

*Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal no Tribunal **a quo**, pugnando pela aplicação da causa de diminuição prevista § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo, pela alteração do regime prisional e pela substituição da pena segregatória por restritiva de direitos.*

A Corte de origem, apreciando o recurso defensivo, em julgamento unânime, negou-lhe provimento, em acórdão assim ementado (fl. 5):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA REDUTORA DE PENA NO GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. MUDANÇA DO REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. APELO IMPROVIDO.

1. Para a concessão da redução máxima prevista no Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, devem ser preenchidos todos os requisitos legais.

2. Condenada por tráfico de drogas deve cumprir a pena em regime inicialmente fechado, em razão da hediondez (Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90).

*Por isso o presente **writ**, no qual pugna o impetrante, em síntese, pela aplicação da causa especial de diminuição da pena inserta no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, na fração máxima de 2/3 (dois terços), porquanto não comprovada a ligação do paciente com*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade criminosa.

Postula, ainda, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Instado a se manifestar, o douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Exmo. Subprocurador-Geral da República Dr. Flávio Giron, opinou pela denegação da ordem.

Brevemente relatado, decido.

*Com razão o **Parquet**.*

Como vimos do relatório, pretende a impetrante a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, na fração máxima de 2/3 (dois terços), argumentando não haver nos autos prova de que o paciente integre organização criminosa.

Sobre o tópico em apreço, colho da sentença os seguintes trechos (fl. 14):

Para o reconhecimento da causa de diminuição de pena, faz-se necessário que o agente:

I) seja primário;

II) seja de bons antecedentes;

III) não se dedique às atividades criminosas;

IV) não integre organização criminosa.

Não basta que o agente satisfaça um dos requisitos para ver reconhecida a causa de diminuição da pena. É necessário que o agente cumpra todos.

A causa de diminuição de pena somente pode ser reconhecida se verificarem todos os requisitos ao mesmo tempo.

No presente caso, vejo que o acusado se dedica a atividade criminosa, tendo em vista que o pequeno traficante não transporta a quantidade de droga apreendida.

*A seu turno, o Tribunal **a quo** assentou o seguinte:*

Firmo o meu entendimento de acordo com os seguintes termos do decisum guerreado:

"No presente caso, vejo que o acusado se dedica a atividade criminosa, tendo em vista que o pequeno traficante não transporta a quantidade de droga apreendida."

Realmente, sair aqui de Rio Branco para ir 'pegar' 1 kg (quilo) de cocaína em Brasília, ou na fronteira, ou ainda, no país vizinho da Bolívia, e retornar com a dita droga, para esta Capital, caracteriza a ação de quem tem 'experiência no ramo'.

Dos excertos acima destacados, observa-se que, para a não aplicação da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime, consubstanciada na quantidade e na natureza da droga apreendida, qual seja, 1 Kg (um quilograma) de cocaína, entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante, circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*aptas a demonstrar que o paciente se dedique à atividade criminosa. Essa conjuntura afasta, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste writ, valendo ressaltar que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano perceptível ao julgador. Não se mostra possível nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais porque não há teratologia a examinar na espécie.*

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Inviável a aplicação, na espécie, da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35, caput, da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes.

2. Revela-se inviável a aplicação da minorante também em razão da quantidade e da variedade de drogas apreendidas, as quais, somadas à condenação do acusado pelo crime de associação para o narcotráfico, levaram a crer que se dedicaria a atividades criminosas.

3. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto

fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

4. Ordem denegada. (HC nº 148.226/RJ, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 28/04/2011.)

B - 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de diminuição insculpada 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 nº 127.639/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 07/06/2010.)*

C - PENAL. RECURSO ESPECIAL. ARTS. 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

*I - Se o e. Tribunal **a quo** não substituiu a pena privativa de liberdade da recorrida por restritiva de direitos, evidente a ausência de interesse recursal quanto à alegada violação ao art. 44 da Lei nº 11.343/06, que proíbe tal operação.*

II - Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 à ré condenada como incurso no art. 35 da referenciada Lei, porquanto evidenciada que integra organização criminosa. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp nº 1.072.014/MG, Relator o Ministro **FELIX FISCHER, DJe de 31/8/2009.)**

Melhor sorte não assiste ao paciente quanto ao pleito de alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

Com efeito, consoante preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, para além da pena ter sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e pelos mesmos motivos adrede delineados - natureza e quantidade de drogas apreendidas (um quilograma de cocaína) -, a substituição do regime prisional não se mostra adequada.

Não destoa desse entendimento a jurisprudência desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

*3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes do STJ e do STF.*

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga - recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

5. Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

*6. Ordem denegada (HC nº 182.316/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011, grifou-se).*

*Por derradeiro, fica superado o pleito de substituição da pena segregatória por restritiva de direitos, porquanto o **quantum** de pena fixado, 5 (cinco) anos de reclusão, não comporta a concessão de benefício, conforme descrito no art. 44, I, do Código Penal.*

Assim, não se mostrou irregular a atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual não diviso o alegado constrangimento ilegal.

*Diante do exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, nego seguimento ao presente **habeas corpus**.*

Publique-se.

Intime-se.

Alega o agravante, em síntese, que nada nos autos comprova que ele se dedique a atividade criminosa, impondo, assim, a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Pugna, ainda, pela alteração do regime inicial de cumprimento da sanção segregatória e por sua substituição por medida restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 244.574 - AC (2012/0114686-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A insurgência não merece prosperar, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

O Tribunal Estadual, ao apreciar o recurso de apelação da defesa, assim fundamentou, no particular, a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos (fls. 32/33):

Firmo o meu entendimento de acordo com os seguintes termos do decisum guerreado:

"No presente caso, vejo que o acusado se dedica a atividade criminosa, tendo em vista que o pequeno traficante não transporta a quantidade de droga apreendida."

Realmente, sair aqui de Rio Branco para ir 'pegar' 1 kg (quilo) de cocaína em Brasília, ou na fronteira, ou ainda, no país vizinho da Bolívia, e retornar com a dita droga, para esta Capital, caracteriza a ação de quem tem 'experiência no ramo'.

Como se pode observar, o Tribunal **a quo** manteve a não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas ao agravante, condenado por tráfico de 1 kg (um quilo) de cocaína.

Ora, a regra excepcional do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 tem como destinatário o pequeno traficante, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

Embora o agravante seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a considerável quantidade de entorpecente apreendido leva a crer que se dedica a atividades criminosas e que não é iniciante no comércio ilícito de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, a grande quantidade de droga é nítido indicador do envolvimento do agravante em organização criminosa, pois não se concebe a posse de cerca de 1Kg (um quilo) de cocaína, sem que se tenha o exato destino, previamente traçado, para fins de disseminação da droga.

Além disso, as circunstâncias do delito, consubstanciada no fato de ele ter saído do Rio Branco para buscar a droga em outra comarca, indicam que o agravante não se tratava de traficante ocasional, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicava às atividades delituosas.

A propósito do tema, vale destacar os seguintes precedentes:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias levaram em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em poder do paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (895 gramas de cocaína).

2. Não obstante o paciente seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, infere-se que as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento com base na elevada quantidade de drogas apreendidas (895 gramas de cocaína) e nas demais circunstâncias do caso concreto, as quais levaram a crer que o sentenciado integraria organização criminosa.

3. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

4. Ordem denegada. (HC nº 184.038/SP, Relator o Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, DJe de 5/9/2012).

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora o paciente seja primário e portador de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto as circunstâncias que envolveram sua prisão em flagrante, somadas à quantidade de entorpecente encontrados em seu poder - aproximadamente 3 (três) quilos de cocaína - levaram à conclusão de que não se tratava de traficante ocasional, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicava a atividades delituosas.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, independentemente da quantidade de sanção firmada.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Não preenchido o requisito objetivo para a concessão da permuta, já que a pena definitivamente estabelecida é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado no tocante à negativa de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

2. Ordem denegada. (HC nº 208.960/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 17/4/2012).

C - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 a paciente que não atende aos seus requisitos.

Hipótese em que o Tribunal de origem negou o benefício invocando a natureza e quantidade de drogas apreendidas, asseverando que o paciente dedica-se a atividade criminosa. Tal conclusão não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz 'na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'.

4. Condenado o paciente por tráfico, em razão da grande quantidade de droga (21 papérolas de cocaína, pesando 43,02 g), o regime mais adequado é o fechado.

5. Ordem denegada. (HC nº 212.195/MS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 12/3/2012).

Outrossim, registre-se que os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 são cumulativos, isto é, para que o réu seja beneficiado com a redução da pena deverá ser primário, portador de bons antecedentes, **não se dedicar às atividades ilícitas e nem participar de organização criminosa**.

Confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o réu deve preencher cumulativamente os requisitos ali previstos, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

2. Reconhecendo a sentença que o paciente é reincidente específico, não há como aplicar a minorante.

3. **Habeas corpus** denegado. (HC nº 137.159/PR, Relator o Ministro **CELSONO LIMONGI** (Desembargador convocado do TJSP), DJe de 23/8/2010.)

Relativamente à imposição de regime inicial de cumprimento da sanção segregatória diverso do fechado, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, nada obstante a pena imposta ao agravante ser inferior a 8 (oito) anos de reclusão - diga-se, 5 (cinco) anos -, o abrandamento do regime é medida que se mostra inadequada, levando em conta a quantidade e a natureza da droga apreendida - 1Kg (um quilo) de cocaína - em seu poder.

Não destoia desse entendimento a jurisprudência deste Tribunal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

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, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes do STJ e do STF.

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga - recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

5. Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada. (HC nº 182.316/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011)

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

2. Fixado no acórdão da apelação, com base nos fatos, que a paciente se dedica à atividade criminosa, é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

3. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação de regime inicial diferente do fechado e a substituição da privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos, no caso concreto, essas benesses não se mostram razoáveis.

4. Condenado o ora paciente a 5 anos de reclusão, por tráfico de 88 (oitenta e oito) porções de cocaína, num total líquido de 74,8 gramas, o regime mais adequado é o fechado.

5. Assim também, pelo mesmo raciocínio, não se mostra razoável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

*6. Ordem denegada. (HC nº 194.876, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 27/2/2012)*

Por fim, mantidos os limites da sentença condenatória, fica superado o pleito de substituição da pena segregatória por restritiva de direitos, porquanto o **quantum** de pena fixado, 5 (cinco) anos de reclusão, não comporta a concessão de benefício, conforme descrito no art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0114686-0

AgRg no
HC 244.574 / AC
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 2786520128010005

EM MESA

JULGADO: 18/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO ALMEIDA CHAVES - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : RODRIGO ALMEIDA CHAVES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : CARLOS GOMES FERREIRA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CARLOS GOMES FERREIRA
ADVOGADO : MARCOS AMTÔNIO CHAVES DE CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.