



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.922 - SP (2010/0127106-3)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUTEMBERG DOS SANTOS AVELINO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. PATAMAR CONCEDIDO DENTRO DA RAZOABILIDADE. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. ÓBICE PELA PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA.

1. As Turmas criminais deste Tribunal entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com ênfase na diversidade, na natureza e na quantidade do entorpecente apreendido, de acordo com o art. 42, da Lei nº 11.343/06, tendo por objetivo atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.
2. No caso concreto, o Tribunal *a quo*, ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, aplicou-a de formas razoável e proporcional, em vista da grande quantidade da droga apreendida. Não sendo demonstrado, de plano, fato diverso capaz de fragilizar o acórdão condenatório, não prospera o pleito de realizar, através do *writ*, o revolvimento do conjunto fático-probatório que lastreou o fundamento ora atacado.
3. A determinação da fixação de regime inicial fechado, aos delitos hediondos ou equiparados, não pode ser considerada como padronização ou muito menos violadora da garantia da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). Na verdade, trata-se de mais um critério para ponderar o grau de censurabilidade com o qual o agente deve arcar pelo delito cometido. Todavia, no caso concreto, o regime mais gravoso mostra-se adequado.
4. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 21 de junho de 2012(Data do Julgamento).

Ministro Adilson Vieira Macabu
(Desembargador Convocado do TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.922 - SP (2010/0127106-3)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUTEMBERG DOS SANTOS AVELINO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de GUTEMBERG DOS SANTOS AVELINO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, c/c o 40, III, ambos da Lei 11.343/06, a 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 600 (seiscentos) dias-multa.

Em sede de apelação criminal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para, afastada a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, e aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, ambos da Lei 11.343/06, reduzir a pena do paciente para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa.

No presente *mandamus*, alega o impetrante que o paciente preenche os requisitos legais para obter a diminuição da pena em seu patamar máximo, pois é primário, portador de bons antecedentes, não se dedica a atividade ou integra organização criminosa.

Aduz que o Tribunal *a quo* aplicou o redutor na fração mínima, baseando-se tão somente na quantidade de droga apreendida.

Argumenta que, afastada a hediondez do delito, em virtude da aplicação do aludido redutor, o paciente teria direito ao cumprimento da pena no regime aberto.

Postula, assim, seja aplicada a causa especial de diminuição de pena em seu patamar máximo, bem como fixado o regime aberto para o desconto da reprimenda corporal.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 37/39).

Informações prestadas (fls. 45/68).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 72/74).

Vieram os autos à conclusão, por atribuição, em 4.1.11, após a minha designação para integrar esta eg. 5ª Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.922 - SP (2010/0127106-3)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUTEMBERG DOS SANTOS AVELINO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. PATAMAR CONCEDIDO DENTRO DA RAZOABILIDADE. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. ÓBICE PELA PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA.

1. As Turmas criminais deste Tribunal entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com ênfase na diversidade, na natureza e na quantidade do entorpecente apreendido, de acordo com o art. 42, da Lei nº 11.343/06, tendo por objetivo atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.
2. No caso concreto, o Tribunal *a quo*, ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, aplicou-a de formas razoável e proporcional, em vista da grande quantidade da droga apreendida. Não sendo demonstrado, de plano, fato diverso capaz de fragilizar o acórdão condenatório, não prospera o pleito de realizar, através do *writ*, o revolvimento do conjunto fático-probatório que lastreou o fundamento ora atacado.
3. A determinação da fixação de regime inicial fechado, aos delitos hediondos ou equiparados, não pode ser considerada como padronização ou muito menos violadora da garantia da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). Na verdade, trata-se de mais um critério para ponderar o grau de censurabilidade com o qual o agente deve arcar pelo delito cometido. Todavia, no caso concreto, o regime mais gravoso mostra-se adequado.
4. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.922 - SP (2010/0127106-3)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUTEMBERG DOS SANTOS AVELINO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

A irresignação não merece prosperar.

De início, quanto à alegação do impetrante no sentido de ser aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no seu patamar máximo, o Supremo Tribunal Federal entende que, quando presentes os requisitos para a concessão da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o magistrado não está obrigado a aplicá-la em seu patamar máximo, dispondo de plena liberdade para fixar a redução do *quantum* adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto.

À propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO TERATOLÓGICA A ENSEJAR A SUBSTITUIÇÃO DA AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO PELO RECURSO CABÍVEL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA. ...omissis...

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

5. Parecer do MPF pela denegação.

6. Preliminar de não conhecimento e, se conhecido, pela denegação." (HC 100.800, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.8.11, DJe 13.9.11)

Acompanhando a orientação da Excelsa Corte, as Turmas Criminais deste Tribunal entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com ênfase nas natureza, diversidade e quantidade dos entorpecentes apreendidos, de acordo com o art. 42 da Lei nº 11.343/06, tendo por objetivo atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

Confira-se o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO NO PATAMAR DE 1/2 (METADE) JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na escolha do redutor no patamar de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade da substância entorpecente apreendida - 104 (cento e quatro) buchas, totalizando mais de 200 g (duzentos gramas) de "maconha".

...

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, essa extensão, denegada a ordem." (HC 175.127/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 6.9.11, DJe 13.9.11)

A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar o condenado neófito na infausta prática delituosa, configurada sua primariedade, bons antecedentes, além de não comprovada dedicação a atividades delituosas nem participação em organização criminosa. Sua aplicação deve ser de forma individualizada, dentro dos limites de 1/6 a 2/3, importando para sua fixação a natureza, a diversidade e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

Depreende-se dos autos que o Tribunal *a quo* seguiu a vertente jurisprudencial das Cortes Superiores, ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do grau da causa especial de diminuição de pena, insculpida no estatuto de repressão às drogas, dentro da razoabilidade e de forma proporcional. Confira-se (fl. 30):

Destarte, deve incidir a causa de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Especial.

Muito embora primário e de bons antecedentes, o réu trazia consigo e guardava enorme quantidade de drogas, circunstância que impõe a redução da pena no piso mínimo, ou seja, um sexto.

No caso ora em análise, a natureza e a quantidade da droga encontrada em posse do paciente – 181 pedras de crack, contendo cerca de 68,7gr, 13 saquinhos de cocaína, contendo 5,9 gr, e 3 pinos de cocaína contendo 2,0 gr -, por si sós, autorizam a aplicação do redutor em patamar diverso do máximo, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em caso semelhante, esta Corte Superior vem assim decidindo:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. 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.

2. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

3. Na espécie, a quantidade da droga apreendida – 273,4 gramas de crack – justifica a aplicação do redutor em seu grau mínimo, qual seja: 1/6 (um sexto), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O regime fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

6. Ordem denegada. (HC 213.311/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 7.3.12)

Outrossim, o impetrante não demonstrou, de plano, prova ou argumento capaz de abalar o acórdão impugnado. Destarte, a via estreita deste *mandamus* obstaculiza o revolvimento do conjunto fático que arrimou a condenação nas instâncias ordinárias.

No que concerne à alegação da possibilidade da fixação do regime prisional mais brando, também não assiste razão ao impetrante.

Destarte, colhe-se dos autos que o crime foi perpetrado em data posterior a 29.3.07, portanto já vigorava o art. 2, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova alteração da Lei nº 11.464/07, que estipulava o regime inicial fechado para os crimes hediondos ou equiparados, independente do *quantum* da reprimenda. Ressalvo que a mencionada fixação de regime inicial não pode ser considerada como padronização ou, muito menos, violadora da garantia da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). Na verdade, trata-se de mais um critério para ponderar o grau de censurabilidade com o qual o agente deve arcar pelo delito cometido.

In casu, as instâncias ordinárias fixaram a pena do paciente em patamar inferior a oito anos - digo, 4 anos e 2 meses -, e aplicaram o benefício da causa especial de diminuição de pena prevista na Lei de Drogas, invocando a “enorme quantidade de drogas” para impedir a redução da pena no patamar máximo, conforme preconiza o art. 42, da Lei nº 11.343/06.

Desta forma, da análise do conjunto probatório dos autos, a despeito da aplicação da minorante especial, o regime inicial de cumprimento da pena, objeto do presente *mandamus*, deve ser o fechado, ficando patente que o ato impugnado, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

merece reparos, pois reveste se motivação concreta, em conformidade com os princípios constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF).

Neste sentido, confira-se.

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A sentença condenatória, mantida pelo Tribunal de Justiça a quo, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida - 126 (cento e vinte e seis) pedras de "crack" e 13 (treze) pedras de cocaína - trouxe maior reprovabilidade à conduta do agente. E, como não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, essa via não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

3. As instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixaram a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

4. Ordem denegada. (HC 172.797/MG, Min. Laurita Vaz, DJe 8/5/12)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. 1. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EVIDENCIADO. 2. ORDEM DENEGADA.

1. De acordo com o que preceituam os arts. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 (oito) anos, diga-se 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, o regime mais rigoroso se torna adequado, levando em consideração as circunstâncias do crime, tráfico de entorpecentes e associação, que envolveram a apreensão de 5.404,40 g (cinco quilos quatrocentos e noventa e quatro gramas e quarenta centigramas) de maconha, divida em 4 (quatro) tabletes, prensados, embalados e prontos para o comércio ilícito. Pelos mesmos motivos, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

2. Habeas corpus denegado. (HC 228.895/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 1.5.12)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMETIMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena cominada ao delito do art. 33 da Lei 11.343/06.

2. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que, tratando-se a nova regra prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 de norma de caráter preponderantemente penal e, sendo mais benéfica, aplica-se imediata e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência, nos precisos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, independentemente da fase em que se encontrem, devendo a mitigação incidir sobre a sanção cominada na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 6.368/76. Precedentes da Sexta Turma do STJ e do STF.

3. Embora os pacientes sejam primários e de bons antecedentes, ausente qualquer ilegalidade na não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois justificada na considerável quantidade de entorpecente apreendido - 535,3 gramas de cocaína, 255 gramas de maconha e 234 gramas de tolueno -, fator que, somado às circunstâncias do caso concreto, levaram a conclusão de que não se tratavam de traficantes ocasionais, mas sim que faziam do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicariam a atividades delituosas.

4. Para concluir-se que os condenados não se dedicavam 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.

EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA. FORMA MAIS GRAVOSA JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação, em tese, de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n. 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. Não obstante o quantum de pena fixado aos pacientes não exceder a 4 anos de reclusão, mostra-se justificada a fixação do modo inicialmente fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea a, e § 3º, do CP e do art. 42 da nova Lei de Tóxicos, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela elevada quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE EXAME PELA CORTE ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 1. A questão acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não ter sido debatida pelo Tribunal de origem, não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.*
- 2. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada. (HC 209.233/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 8.5.12)*

Dessa forma, não há falar em ilegalidade perpetrada pelo *decisum* do Tribunal estadual.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0127106-3

HC 178.922 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3002008

50080117368

990080966642

EM MESA

JULGADO: 21/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUTEMBERG DOS SANTOS AVELINO

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.