



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.509 - DF (2011/0303149-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : GABRIEL BARREIRA FEITOZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. CRACK. PARTICIPAÇÃO DE MENOR.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração especialmente a natureza da droga apreendida – crack – em poder do paciente para a exasperação da pena-base. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a utilização da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria não configura *bis in idem*.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação do regime inicial aberto, aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

4. O fundamento para o regime fechado foi exclusivamente o impedimento legal, o que não constitui motivação suficiente. No tocante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao pedido de substituição da pena, considerado o alto poder lesivo da droga – crack –, além do fato de ter havido a participação de menor no crime, não verifico ilegalidade no acórdão ao manter o indeferimento.

5. Ordem parcialmente concedida para afastar a vedação legal à fixação do regime menos gravoso, cabendo ao Tribunal de origem a verificação quanto ao preenchimento pelo paciente dos requisitos necessários.

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, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.
Brasília, 24 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.509 - DF (2011/0303149-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Gabriel Barreira Feitoza**, apontando-se como autoridade coatora a Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRACK. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVA TESTEMUNHAL. POLICIAIS. CREDIBILIDADE. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA BASE. IMPOSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESFAVORÁVEIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/06. FRAÇÃO DE 1/3. REDUÇÃO. ARTIGO 40, INCISO VI, DA LEI ANTIDROGAS. ENVOLVIMENTO DE MENOR. INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. São merecedores de credibilidade os depoimentos prestados por policiais responsáveis pela apreensão, quando em harmonia com as demais provas coligidas aos autos, bem como quando inexistirem indicativos que demonstrem interesse por parte destes em incriminar o apelante.

2. Ante a ausência de critérios legais norteadores do limite de redução (1/6 a 2/3) do § 4º, do artigo 33, da LAD, a jurisprudência tem se valido, para tanto, da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do código penal, da quantidade e natureza da droga envolvida. no caso, considerando os parâmetros acima, razoável a redução pela metade.

3. A aplicação da fração da causa de aumento do artigo 40, inciso VI, da LAD, acima do mínimo legal, deve ser satisfatoriamente fundamentada, não podendo o juiz *a quo* se limitar a apontar o dispositivo legal. (precedentes. acórdãos: 511446, 501887, 497639, 489492).

4. Não há necessidade de se juntar certidão de nascimento, quando outros meios de prova documentais são suficientes para demonstrar a menoridade do adolescente utilizado como meio para facilitar o comércio ilícito.

5. Tratando-se de crime de tráfico de drogas, previsto na lei 11.343/06, equiparado a hediondo, o regime de cumprimento de pena adequado é o inicialmente fechado, nos termos da lei 8.072/90.

6. A concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito não é cabível quando não preenchidas as condições objetivas e subjetivas pelo acusado.

7. Recurso conhecido e parcialmente provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer o impetrante seja concedida a ordem para determinar o cumprimento da pena em regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal), bem como possa a pena de reclusão ser substituída por restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal) e adequada a causa de diminuição para o máximo possível, além de afastada a exacerbação imposta à pena-base, porquanto insubsistente o argumento para valoração adotada pelo acórdão impugnado, tudo de acordo com o permitido no artigo 648, inciso I, do Código de Processo Penal (fl. 7).

As informações foram prestadas (fls. 62/86).

Parecer do Ministério Público Federal pela concessão parcial da ordem (fls. 89/96), para que seja aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, bem como seja fixado o regime aberto para o cumprimento da pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.509 - DF (2011/0303149-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Verifica-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 530 dias-multa, como incurso nos art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido flagrado vendendo, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, uma porção 0,09 g do alcanóide cocaína, vulgarmente conhecida como cocaína, na forma de crack (fl. 10).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios deu parcial provimento ao recurso de apelação para reduzir a pena privativa de liberdade para 3 anos e 22 dias de reclusão e 300 dias-multa, mantendo, no mais, a sentença. A dosimetria ficou assim definida:

[...]

Dosimetria da pena

Subsidiariamente, o inconformismo do apelante cinge-se à redução da pena, requerendo a diminuição máxima prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 e a exclusão da causa de aumento do artigo 40, inciso VI, da mesma lei.

Pena-base

A pena base foi fixada pouco acima do mínimo cominado, 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, o que não merece reparos. A MM juíza *a quo* considerou como desfavoráveis ao réu as consequências da infração, consignando que a droga vendida pelo acusado é de alto poder destrutivo e viciante ao primeiro uso, rendendo lucro significativo em detrimento da saúde alheia, o que autoriza o aumento da pena base, realizado em apenas 03 meses. Ressalto que, em que pese não ter sido apreendida grande quantidade de droga, 0,08g (fls. 69/71), é de se considerar o poder deletério da cocaína sob a forma de *crack*, justificando a valoração negativa em casos como o dos autos.

2ª. fase

Na segunda fase do cálculo da pena, não há circunstâncias atenuantes nem agravantes a serem consideradas.

3ª. Fase

§ 4º do artigo 33



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na terceira etapa, por força da causa de diminuição da pena prevista no § 4º, do artigo 33, da LAD, a MM sentenciante, analisando as circunstâncias judiciais, aplicou a fração de 1/3 (um terço), contra a qual se insurge a defesa, requerendo a redução máxima prevista.

Convém esclarecer que tal dispositivo legal apenas traz os limites de redução a serem observados (1/6 a 2/3), sem, contudo, elencar os critérios de aferição da fração a ser aplicada.

Para solucionar, a jurisprudência tem se valido da análise não só das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas também da quantidade e natureza da droga envolvida.

No caso, a quantidade é pequena, e embora a nocividade da droga envolvida (*crack*) seja em alto grau, tenho que a redução deve ser pela metade, considerando as condições pessoais do apelante, que são favoráveis. Sendo assim, nesta etapa reduzo a pena para 02 (dois) anos e 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Inciso VI do artigo 40

Não merece acolhimento o pedido da defesa para exclusão da causa de aumento do inciso VI, do artigo 40, da Lei 11.343/06. No caso, restou comprovado, pelo depoimento em juízo dos policiais que realizaram a apreensão (fls. 89 e 90), que o apelante estava traficando droga junto com um menor.

O apelante se insurge contra a aplicação desta causa de aumento de pena, ao argumento de que não há prova documental da suposta menoridade. Todavia, não há como acolher o pleito recursal, pois há nos autos provas acerca da menoridade de W. M. de S., adolescente envolvido no crime, constando a data em que este nasceu (fl. 30), bem como o número de seu CIRG (fl. 92), colhido na fase judicial, o que são suficientes para se aferir a menoridade.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte de Justiça:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR: NULIDADE ABSOLUTA - ART. 564, III, "A" E "B", DO CPP. TRÁFICO (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35 DA LAD). ROHPYNOL E OUTROS MEDICAMENTOS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA: ART. 40, V E VI, DA LEI ANTIDROGRAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA: ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 - PATAMAR MÁXIMO (2/3) E MÍNIMO (1/6). CRITÉRIOS OBJETIVOS: AGENTE PRIMÁRIO, BONS ANTECEDENTES, NÃO SE DEDIQUE A ATIVIDADES CRIMINOSAS E NEM INTEGRO ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BINÔMIO: QUANTIDADE E QUALIDADE DO ENTORPECENTE (ART. 42 DA LEI 11.343/06). CONDENAÇÃO - ART. 273, 1º-B, I E V, DO CP. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO "INDUBIO PRO REU". DOSIMETRIA.

[...]

O Ministério Público requer a aplicação da causa especial de aumento, prevista no art. 40, VI, da LAD, pois, acredita que restou devidamente comprovada, pelo depoimento dos policiais que realizaram a apreensão, bem como pelo termo de oitiva do adolescente, na DCA e em juízo, o envolvimento do menor na prática delituosa descrita nos autos. Ademais, aponta que há nos autos prova da menoridade do adolescente, conforme



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se denota dos documentos oficiais juntados aos autos, sendo, deste modo, prescindível a apresentação de documento hábil a demonstrar a menoridade do adolescente (art. 155, § único do CPP). Com razão o il. representante do Ministério Público. Conforme se depreende do Termo de Declarações de fls., a douta autoridade policial qualificou o adolescente M.F.L, como sendo: brasileiro, solteiro, nascido em xx/xx/1991, natural de Brasília/DF, filho de V.L.L. Do mesmo modo, o adolescente, perante o douto Juízo sentenciante, apresentou sua carteira de identidade, sendo identificado e qualificado, como: portador da RG nº, nascido aos xx/xx/1991. Assim, a jurisprudência desta Corte é forte no sentido de afirmar que não há necessidade de se juntar cópia da certidão de nascimento ou da identidade para verificar a menoridade do imputável, desde que outros meios de prova sejam suficientes para demonstrar a menoridade perquirida.”[...] 20090110348134APR, Relator ALFEU MACHADO, 2ª Turma Criminal, julgado em 07/04]

Portanto, não prospera a alegação do recorrente de que desconhecia o fato de se tratar de pessoa menor, pois a defesa não trouxe aos autos qualquer prova acerca de suas alegações ou que demonstrasse se tratar de adolescente de aparência incompatível com sua idade.

Nesse contexto, a causa de aumento deve ser computada na fixação da pena. **No entanto, reduzo para o mínimo de 1/6 (um sexto), pois, como cediço, qualquer pena aplicada acima do mínimo deve estar satisfatoriamente fundamentada e no caso a MM juíza limitou-se a apontar o dispositivo legal (Precedentes. Acórdãos: 511446, 501887, 497639, 489492). Por conseguinte, aplicada a fração de 1/6 (um sexto) relativa à causa de aumento do artigo 40, VI, da Lei Antidrogas, fixo a pena em 03 (três) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão.**

Multa

Fixo a multa em 300 (trezentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Regime

No que tange ao pleito de fixação do regime aberto, este não procede. Tratando-se de crime de tráfico de drogas, previsto na Lei 11.343/06, equiparado a hediondo, o regime de cumprimento de pena adequado é o inicialmente fechado, nos termos da Lei 8.072/90, não se aplicando o artigo 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

Substituição da pena

Do mesmo modo, não merece prosperar o pedido para a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Quanto ao tema, convém esclarecer que o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos artigos 33, §4º e 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, que vedavam tal benefício, acrescentando a possibilidade de se conceder tal benesse quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas pelo acusado.

Todavia, o caso em análise não comporta referido benefício diante da natureza da droga apreendida (*crack*), que por ser de baixo custo tem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disseminação facilitada e é de alto poder viciante e destrutivo, além do fato de que o apelante praticou a mercancia em companhia de um adolescente, circunstâncias que em conjunto indicam que a substituição não é suficiente. **Portanto, o apelante não faz jus à substituição prevista no artigo 44 do Código Penal.**

Conclusão

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para reduzir a pena privativa de liberdade para **03 (três) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão** e 300 (trezentos) dias-multa, mantendo, no mais, a sentença.

Com o presente *writ*, requer o impetrante seja:

- a) adequada a causa de diminuição para o máximo possível;
- b) afastada a exacerbação imposta à pena-base;
- c) fixado o regime aberto;
- d) substituída a pena de reclusão por restritiva de direitos (art. 44 do CP).

No tocante à pena-base e ao percentual utilizado para a diminuição da pena, com fundamento no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, entendo não merecer reparos o acórdão impugnado, que considerou o tipo da droga envolvida no tráfico – crack – para determinar o aumento da pena-base, bem como para não aplicar o redutor no grau máximo. Ressalto que a pena-base foi elevada em apenas 3 meses e a redução da pena se operou na fração de 1/2, o que se mostra, a meu ver, dentro da razoabilidade, além de estar devidamente fundamentada a decisão, considerando-se a quantidade e a natureza da droga, além das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Registro, ainda, que, segundo a jurisprudência desta Corte, a utilização da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria não configura *bis in idem*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA.

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA NESSE PONTO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

2. Verificado que se levou especialmente em consideração a natureza e a excessiva quantidade de droga apreendida - 7.542 gramas (sete mil quinhentos e quarenta e duas gramas) de massa bruta de cocaína em pó -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. 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 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, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza - cocaína - e a excessiva quantidade de substância entorpecente apreendida -7.542 gramas (sete mil quinhentos e quarenta e duas gramas).

3. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

4. Ordem denegada.

(HC n. 170.498/CE, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 3/4/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO EM PATAMAR DIVERSO DO MÍNIMO DE 1/6 JUSTIFICADA PELA LESIVIDADE DA CONDUTA (TRÁFICO DE 341,2 KG DE COCAÍNA). PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA TRANSNACIONALIDADE DO CRIME. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NA SEARA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-PROBATÓRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. OBRIGATORIEDADE DE RECONHECIMENTO COMO ATENUANTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Conforme preceituado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura: "é imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal." (*Habeas Corpus* 117.696/MG, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 3.10.2011) 2. Mesmo sendo o habeas corpus um dos remédios constitucionais destinados a tutelar um dos bens mais importantes - a liberdade -, o seu emprego deve submeter-se às hipóteses de cabimento.

3. *In casu*, o paciente foi preso em flagrante portando, em um fundo falso de seu caminhão, 341,2 kg de cocaína. Posteriormente, foi condenado, por decisão transitada em julgada, à pena de reclusão de 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses, em regime inicial fechado, pela prática de tráfico internacional de entorpecentes (artigo 33 c/c 40-I da Lei 11.343/06).

4. O magistrado sentenciante elevou a pena-base em 6 (seis) anos, estabelecendo-a em 12 (doze), especialmente devido a natureza e quantidade da droga apreendida, fatores que, de acordo com o artigo 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico de entorpecentes. Portanto, não há de se acoiar de flagrantemente ilegal o entendimento das instâncias ordinárias, tendo em vista que foram observadas as diretivas imposta pela norma penal para o estabelecimento da reprimenda, sendo defeso, na estreita via cognitiva do writ, o exercício de novo juízo de reprovabilidade da conduta. Precedentes.

5. A diretriz imposta pelo artigo 42 da Lei 11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, também deve ser observada na aplicação da causa diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006. Não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Precedentes.

6. Na hipótese, a acentuada lesividade da conduta (tráfico de vultosa quantidade de entorpecente - 341,2 kg de cocaína - de alto poder lesivo), justifica a fixação da aludida minorante no patamar mínimo de 1/6.

7. Reverter o entendimento das instâncias ordinárias no que diz respeito ao reconhecimento da transnacionalidade do delito, na hipótese, é providência inviável por meio de habeas corpus, porquanto demandaria o revolvimento de matéria de fato, não de direito, dependendo de um exame apurado dos elementos probatórios dos autos.

8. A confissão realizada em juízo sobre a prática do delito de tráfico de entorpecentes, desde que espontânea, é suficiente para fazer incidir a atenuante do artigo 65, III, "d", do Código Penal, quando expressamente utilizada para a formação do convencimento do julgador, sendo irrelevante que o agente tenha sido preso em flagrante. Precedentes.

9. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena aplicada na primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fase da dosimetria em 1 (um) ano, fixando a reprimenda, em definitivo, no patamar de 12 (doze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 1019 (mil e dezenove) dias-multa, mantido o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

(HC n. 216.225/MS, Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, DJe 22/2/2012)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO EM 1/3 FUNDAMENTADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do *habeas corpus* para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. O reexame da dosimetria em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

V. Na sistemática da novel Lei de Drogas, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido passaram a preponderar sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, quando da fixação da pena-base, bem como ao se definir o quantum de redução de pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não havendo que se falar em bis in idem.

VI. Tendo o delito sido praticado após o advento da Lei 11.467/07, o regime prisional cabível aos apenados pela prática de crimes hediondos e daqueles a estes equiparados é o inicialmente fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.
(HC n. 222.319/ES, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 14/2/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em poder da paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.11.343/2006 (4.375 g de cocaína, peso líquido).

2. Este Superior Tribunal firmou entendimento no sentido de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a natureza - cocaína - e a elevada quantidade da substância entorpecente apreendida em poder da paciente.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Não há como substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente restou definitivamente condenada à pena de 8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

6. Evidenciada a gravidade concreta do crime cometido, em razão da natureza e da elevada quantidade da droga apreendida, mostra-se devida a continuidade da segregação cautelar da paciente para a garantia da ordem pública, especialmente em se considerando que permaneceu presa durante todo o feito.

7. Ordem denegada.

(HC n. 169.769/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 9/11/2011)

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, de acordo com a Súmula 719/STF, *a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*. Além disso, na Sexta Turma, há precedentes segundo os quais, *com a edição da Lei n. 11.464/07, que modificou a redação da Lei n. 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime no crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso*. Confirmam-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. INVIABILIDADE.

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

2. Na espécie é aplicável o regime aberto, por se tratar de réu primário, cujas circunstâncias judiciais são favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal de cinco anos de reclusão, e fixada, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Antidrogas, resultando a sanção corporal em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

3. Mesma sorte não assiste à impetração quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque a quantidade de droga apreendida – 70 (setenta) pedras de *crack* – não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recomenda o benefício, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

4. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente. (HC n. 181.057/SP, Ministro Og Fernandes, DJe 17/12/2010 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. 'SURSI'. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. IMPETRAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Essa e. Sexta Turma tem decidido pela possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade aos condenados por tráfico de entorpecentes, considerados os requisitos previstos nos artigos 33; e 59, do Código Penal.

2. A pena aplicada não supera quatro anos; o agente é primário e, embora não tenha o MM. Juiz sentenciante considerado favoráveis todas as circunstâncias judiciais, fixou a pena-base no mínimo legal. Assim, inexistente óbice à fixação de regime prisional aberto, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

3. Com a substituição da pena privativa de liberdade, fica prejudicada a análise da matéria relativa ao 'sursis'.

4. O pedido de isenção do pagamento das custas processuais não pode ser conhecido, por inadequação da via eleita.

5. Impetração conhecida em parte e, nesta extensão, concedida a ordem, para fixar o regime prisional aberto para o cumprimento da pena, bem como para substituir a privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem eleitas pelo juízo da execução, prejudicada a análise do pedido de concessão de "sursis".

(HC n. 156.672/MG, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 4/4/2011 – grifo nosso)

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. LEI N.º 11.343/06. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. PATAMAR MÁXIMO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO DE OFÍCIO. SURSI. PREJUDICIALIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Segundo entendimento desta Corte e do STF, não incide o princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes, pois é de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga (0,2 decigramas) de crack, legítima é a aplicação da causa especial de diminuição (art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal.**

4. Já se encontrando o paciente no regime aberto, prejudicada está a impetração neste particular. Prejudicada também a pretensão de *sursis*, pois cabível, em tese, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

5. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena a 01 ano e 08 meses de reclusão, concedendo-a, de outra parte, de ofício, para determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, já que presentes os requisitos para tanto (art. 44 e incisos do Código Penal), devendo o juízo das execuções criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover-lhes a aplicação, se já não estiver extinta a pena, em face da redução operada.

(HC n. 155.391/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 27/9/2010 – grifo nosso)

A Suprema Corte também firmou entendimento quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e quanto à fixação do regime aberto nos crimes de tráfico de drogas se preenchidos os requisitos legais:

Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal. 4. **Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS).** 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida.

(HC n. 105.779, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22/2/2011 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA, RESTRITIVA DE DIREITOS. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. 1. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12.12.10. 2.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Progressão de regime assegurada na sentença. Ausência de interesse de agir. Ordem concedida para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos.

(HC n. 97.500, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 25/6/2010 – grifo nosso)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Tráfico de entorpecentes. Causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06). Eleição do grau de redução. Motivação idônea para a redução em grau intermediário. Recurso não provido. Conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. Possibilidade. Precedentes. Questão, todavia, não analisada pelas instâncias antecedentes. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. 1. Encontra-se convenientemente motivada a eleição do grau de redução pela minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. 2. Embora o paciente seja primário, a natureza da droga apreendida (42 pedras de crack) justificam a diminuição da pena em 1/3 (um terço). 3. Recurso não provido. 4. Impossibilidade de análise em sede recursal de temas não apreciados nas instâncias antecedentes, sob pena de indevida supressão de instância. 5. **A jurisprudência desta Suprema Corte admite a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, mesmo quando se trata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.** Precedentes. Questão, todavia, não analisada pelas instâncias antecedentes. 6. Ordem de habeas corpus concedida de ofício.

(RHC n. 109.374, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 6/12/2011 – grifo nosso)

Na hipótese dos autos, o fundamento para a fixação do regime fechado foi exclusivamente o impedimento legal, o que, como acima demonstrado, não constitui motivação suficiente. Afasto, assim, a vedação legal quanto à fixação de regime prisional mais benéfico.

No tocante ao pedido de substituição da pena, considerado o alto poder lesivo da droga (crack), além do fato de ter havido a participação de menor no crime, não verifico ilegalidade no acórdão ao manter o indeferimento.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem para afastar a vedação legal à fixação do regime menos gravoso, cabendo ao Tribunal de origem a verificação quanto ao preenchimento pelo paciente dos requisitos necessários.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0303149-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 228.509 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100112278715 549328

EM MESA

JULGADO: 24/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : GABRIEL BARREIRA FEITOZA

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."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.