



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.592 - MG (2011/0303849-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WAGNER AUGUSTO TEIXEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. *QUANTUM* JUSTIFICADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.

1. Reconhecida a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável a aplicação do redutor em seu patamar máximo se existe fundamento válido para justificar o *quantum* mínimo da minorante.
2. Hipótese em que o Colegiado estadual fez menção à quantidade e à diversidade das drogas apreendidas (aproximadamente 450 g de maconha e 100 g de cocaína), mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/2 (metade).
3. Não configura *bis in idem* a utilização da quantidade e variedade de drogas para aumentar a pena-base e para aplicar o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas em patamar inferior ao máximo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.
4. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, no caso concreto, verifica-se que não se mostra razoável a concessão de tais benesses.
5. É que a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas atraem a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/06, 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".
6. Na espécie, o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, em atenção à quantidade e à variedade das drogas apreendidas.
7. Condenado o paciente à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses de reclusão, por tráfico de 450 g de maconha e 100 g de cocaína, o regime mais adequado à espécie é o fechado.
8. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 24 de abril de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.592 - MG (2011/0303849-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WAGNER AUGUSTO TEIXEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de WAGNER AUGUSTO TEIXEIRA, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (Apelação Criminal nº 1.0024.10.221383-2/001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, por prática descrita no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, em regime inicial aberto, e à pena de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, pelo delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em regime inicial fechado. Colhe-se da sentença, no que interessa:

Quanto ao art- 33 da Lei 11.343/06:

Culpabilidade - grau de reprovabilidade da conduta - tenho que majorada, tendo em vista a quantidade e diversidade de entorpecente apreendido.

Primário.

Não há nos autos elementos probatórios comprometedores da personalidade - conjunto dos atributos psicológicos que determinam o caráter e a postura social da pessoa - e da conduta social - comportamento do agente junto à sociedade.

Com relação aos motivos - inerentes ao tipo: intuito de lucro fácil. Circunstâncias - *modus operandi* - também próprias deste delito. As conseqüências, tenho que graves, porém tidas como natural em crimes desta espécie, não havendo dano maior que aquele inerente a este delito.

Sendo assim, fixo a pena base em seis anos de reclusão e seiscentos dias/multa.

Não há circunstancias agravantes da pena. Todavia, verifiquei que o réu faz jus à circunstância atenuante da confissão judicial, prevista no art. 65-111, alínea "d" do CPB.

Isto posto, diminuo a pena, estabelecendo-a em cinco anos e seis meses de reclusão e quinhentos e cinquenta dias/multa.

Por fim, em função da causa de diminuição da pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, diminuo a pena em 1/2, considerando a quantidade de droga apreendida, estabelecendo-a em dois anos e nove meses de reclusão e duzentos e setenta e cinco dias/multa neste patamar se definindo já que não há causas outras para oscilação.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime prisional, considerando a gravidade do delito cometido -análogo aos hediondos – cujos resultados funestos repercutem diretamente na sociedade, verifico que o regime mais adequado para garantir que as finalidades da sanção sejam atingidas é o inicialmente fechado. Neste sentido: 'O tráfico de drogas é crime abjeto e deve ser reprimido à altura de sua gravidade' (TJSP - HC 106.087-3). Além do mais, a Lei 11.464/07, ao banir o cumprimento da pena em regime integralmente fechado para os crimes hediondos e equiparados, determinou expressamente em nova redação conferida ao art. 2º, § 1º que 'A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'.

Por fim, deixo de conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e também o *sursis*. Tenho que esta medida não é suficiente para a prevenção e repressão deste tipo de delito. Considero que a natureza e as circunstâncias do delito praticado, ressaltada a elevada quantidade de droga apreendida, demonstram ser a medida insuficiente à reprovação do crime. Neste sentido, é o entendimento do i. Procurador de Justiça, José Fernando Marreiros Sarabando, que, em razões recursais, assevera que, tratando-se de cometimento de delito de tráfico de drogas: 'Não há mesmo que se premiar o réu, registre-se, com um benefício fora dos limites do razoável, qual seja o da pena substitutiva, máxime em razão da especial gravidade, para o meio ambiente social, de sua conduta delituosa...' (fls. 43/45).

A defesa interpôs recurso de apelação, visando a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da causa de diminuição pelo máximo (2/3), bem como a fixação de regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O recurso foi parcialmente provido, apenas para isentar as custas. Eis os fundamentos do *decisum*:

"Pretende a Defesa obter a redução da pena-base imposta ao acusado para o mínimo legal cominado à espécie, bem como a utilização do patamar máximo de redução de pena, na incidência da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Examinando os autos, constato que a pena-base imposta ao apelante foi estabelecida em patamar superior ao mínimo legal previsto, restando devidamente justificado o aumento perpetrado (01 ano de reclusão e 100 dias-multa), que se deu em virtude da diversidade e da quantidade de entorpecente apreendida (aproximadamente 450 g de 'maconha' e 100 g de cocaína).

Na terceira fase de aplicação da pena, no que tange à aplicação da minorante descrita no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, também não merece prosperar o pedido recursal consistente na aplicação do patamar de 2/3 (dois terços), tendo em vista que foi apreendida expressiva quantidade de substância entorpecente em poder do réu, o que, considerando também a diversidade da droga ('maconha' e cocaína) e a apreensão de arma e munições em seu poder, autoriza a utilização da fração de diminuição de 1/2, conforme operado em primeira instância.

Registre-se que, ao contrário do que alega o apelante, não há de se falar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em *bis in idem* na hipótese em tela, uma vez que, conforme previsto na própria Lei de Tóxicos, em especial no art. 42, as circunstâncias do crime, a natureza e a quantidade de droga apreendida é que devem nortear o juiz tanto no momento de fixação da pena-base, quanto no momento de aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Desse modo, mantenho a reprimenda no patamar em que fixada em primeira instância.

Verifico, ainda, não ser possível alterar o regime prisional estabelecido na sentença - conforme pretendido pela Defesa -, porquanto o delito de tráfico é considerado hediondo por equiparação, devendo, assim, a respectiva pena ser cumprida em regime inicialmente fechado, em obediência à determinação contida na Lei 8.072/90.

Ao contrário do que alega a Defesa, não vejo como reconhecer no caso em tela a figura do chamado 'tráfico privilegiado', em virtude da incidência do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

A meu sentir, a inovação trazida no referido dispositivo legal não pode caracterizar privilégio, a exemplo do que prevê o § 1º do artigo 121 do Código Penal, na medida em que beneficia o chamado 'traficante de primeira viagem' e não aquele que pratica o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral. Aqui, são as condições pessoais do acusado é que são levadas em conta e não o motivo pelo qual ele teria praticado o crime.

Desse modo, mantenho o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, tendo em vista a hediondez do delito.

Por outro lado, constato que não deve ser acolhido o pedido recursal relativo à substituição da pena, tendo em vista a apreensão de grande quantidade de entorpecentes de natureza diversa, bem como de arma de fogo e de munições demonstra que o benefício não se mostra socialmente recomendável.

Por fim, sendo o réu beneficiário da justiça gratuita, estando assistido por Defensor Público, faz ele jus à isenção de custas processuais, que concedo nos termos em que requerida pela Defesa.

Daí a presente impetração, sustentando, em suma, que a quantidade de droga não configura motivação idônea para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, impedir a aplicação da causa de diminuição pelo máximo, havendo *bis in idem*.

Alega que essa tese já foi sufragada no Supremo Tribunal Federal.

Acrescenta que, aplicado o redutor pelo máximo, não há razão plausível para manter o regime fechado, dado que se trata, em realidade, de tráfico privilegiado.

Aduz que a proibição de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é inconstitucional.

Requer, liminarmente, seja colocado o paciente em liberdade para aguardar o julgamento deste *habeas corpus*. No mérito, pugna pela concessão da ordem para que seja aplicada a causa especial de diminuição pelo máximo (2/3) e seja fixado o regime inicial aberto, substituindo-se a pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida às fls. 87/89.

Foram prestadas informações às fls. 95/104, 106/111 e 113/118.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Juarez Tavares, pela concessão parcial da ordem (fls. 122/140).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.592 - MG (2011/0303849-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. *QUANTUM* JUSTIFICADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.

1. Reconhecida a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável a aplicação do redutor em seu patamar máximo se existe fundamento válido para justificar o *quantum* mínimo da minorante.
2. Hipótese em que o Colegiado estadual fez menção à quantidade e à diversidade das drogas apreendidas (aproximadamente 450 g de maconha e 100 g de cocaína), mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/2 (metade).
3. Não configura *bis in idem* a utilização da quantidade e variedade de drogas para aumentar a pena-base e para aplicar o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas em patamar inferior ao máximo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.
4. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, no caso concreto, verifica-se que não se mostra razoável a concessão de tais benesses.
5. É que a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas atraem a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/06, 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".
6. Na espécie, o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, em atenção à quantidade e à variedade das drogas apreendidas.
7. Condenado o paciente à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses de reclusão, por tráfico de 450 g de maconha e 100 g de cocaína, o regime mais adequado à espécie é o fechado.
8. Ordem denegada.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo de 2/3, bem como a fixação do regime inicial aberto, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Verifica-se que o Colegiado estadual, ao manter a aplicação da causa especial de diminuição de pena no patamar fixado pela sentença condenatória, fez menção à expressiva quantidade e à diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas - aproximadamente 450 g de maconha e 100 g de cocaína -, mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante somente no patamar de 1/2 (metade).

Isso porque, o art. 42 da Lei Antidrogas determina 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."

Nesse diapasão:

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 1/6. FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

1. O legislador ordinário definiu, para a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a possibilidade de redução da reprimenda no intervalo de 1/6 a 2/3, desde que 'o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa'.

2. O juiz pode livremente escolher a quantidade da redução a ser aplicada (de 1/6 a 2/3), desde que apresente motivação adequada.

3. Ordem denegada.

(HC 160.170/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. POSSIBILIDADE EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. RECURSO EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1 - A quantidade e a natureza da droga, embora não sejam, por si sós, fundamentos aptos a afastar a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, podem ser consideradas na aferição do *quantum* de diminuição a ser aplicado, a teor do disposto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

2 - A redução da causa de diminuição no patamar mínimo de 1/6 foi devidamente justificada, enfatizando o magistrado que a conduta da paciente viria a contribuir para a distribuição de entorpecentes em escala mundial, levando em conta o tipo, o destino e a quantidade de droga apreendida (tráfico internacional de 740 gramas de cocaína).

3 - Mantida a pena definitiva da paciente em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, resta superado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não preenchimento do requisito mínimo à sua concessão, qual seja, sanção não superior a 4 anos.

4 - Não há como analisar o pleito de soltura da paciente, ante a insuficiente instrução do *writ*, eis que ausente a cópia da decisão do Juiz de primeiro grau que decretou a sua prisão preventiva, sendo certo que a sentença condenatória a ela faz menção.

5 - Ordem denegada.

(HC 175.537/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 17/12/2010)

Afasta-se, outrossim, a alegação de *bis in idem* no tocante à utilização da quantidade e da diversidade das drogas para aumentar a pena-base e para negar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas em grau máximo.

Com efeito, mostra-se adequado retomar às circunstâncias judiciais como critério para a incidência da causa de diminuição de pena, porquanto é o próprio art. 42 da Lei de Entorpecentes que, de forma expressa, indica e impõe o binômio natureza/quantidade da substância entorpecente apreendida como baliza para a fixação das penas. Note-se que o dispositivo refere-se às "penas", no plural, e não no singular. Ainda que esse vetor (natureza/quantidade) seja adotado para aumentar a pena-base, não há que se falar em violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista que gerará efeitos diversos em fases distintas da dosimetria. O que ocorre é a utilização de um mesmo parâmetro de referência, em momentos distintos e com finalidades diversas, visando à fixação de reprimenda proporcionalmente suficiente à reprovação e prevenção do delito, diante das circunstâncias em que perpetrado.

Sobre o tema, confira-se o entendimento firmado por esta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da grande quantidade de droga apreendida (64.235 gramas de "maconha"), bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o grupo estava "razoavelmente preparado para inúmeros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

embarques de droga para outras cidades".

2. 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.

3. 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.

4. Na espécie, a quantidade da droga apreendida - 64.235 gramas de "maconha" - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

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

6. Não há julgamento extra petita quando o Tribunal, acolhendo as razões apresentadas pela parte recorrente, como verificado na hipótese, dá provimento ao recurso, acrescentando-lhe outros fundamentos.

7. Ordem denegada.

(HC 186.549/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 29/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (3,704 KG DE MACONHA E 11 FRASCOS DE LANÇA-PERFUME). BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO AO CRIME. EXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. 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.

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade manifesta que autorize a concessão da ordem pretendida. O Tribunal de origem justificou a não aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na grande quantidade de droga apreendida (3,704 Kg de maconha e 11 frascos de lança-perfume), motivação idônea. Ressaltou, ainda, que o paciente se dedica a atividade criminosa, conclusão impossível de ser alterada nesta sede, por demandar o exame das provas. E não há falar em *bis in idem* na consideração da mesma circunstância para fixar a pena-base acima do mínimo legal.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 209.960/SP, da minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

28/02/2012, DJe 12/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA, VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR INIMPUTÁVEL. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. 1/2 (METADE). 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. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto, bem como a considerável quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas com o paciente, que contou com a participação de menor de idade na empreitada delitiva.

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.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO SOMENTE EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A gravidade inerente ao delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

TRÁFICO DE DROGAS COM O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. VIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTES STJ. CONSTRANGIMENTO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARTE DEMONSTRADO.

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.

2. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal, constatada, contudo, a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por medidas alternativas, deve ser afastado o óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

3. Habeas corpus parcialmente concedido, para afastar o óbice legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art.

44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime inicial mais benéfico.

(HC 181.037/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 06/03/2012)

Assim, é possível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, não ocorrendo, pois, a dupla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade.

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

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

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

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

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

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

Mister sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Dessarte, reconhecida a possibilidade de substituição da pena por medidas restritivas de direitos, fica afastada a exigência de fixação do regime fechado para os condenados por tráfico de drogas previsto na Lei n.º 11.343/06.

Na hipótese vertente, entretanto, tenho que a substituição da pena privativa de liberdade ou a fixação do regime aberto não satisfaz a resposta penal, tampouco o regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso porque o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, salientando a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas.

Nesta senda, verifica-se que a pena-base foi fixada acima mínimo legal e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 foi aplicada em patamar inferior ao máximo legal de 2/3 (dois terços), em razão das circunstâncias do caso concreto, levando-se em consideração, em especial, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - aproximadamente 450 g de maconha e 100 g de cocaína (fl. 79) -, substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios.

Mais uma vez, não há como fugir da incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06 já mencionado.

Assim, o regime que se mostra razoável, na espécie, é o fechado, ainda que a pena tenha sido fixada em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, tendo em vista que a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas não só impedem o regime menos gravoso, mas, antes de mais nada, recomendam regime mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. DISPOSIÇÃO LEGAL. MODO INAUGURAL DIVERSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE RECOMENDAM O REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n.º 97.256/RS, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro CARLOS AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, inserida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006 da referida proibição.

2. O posicionamento do Pretório Excelso, ao admitir a substituição da pena por medidas alternativas nos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, reflete na possibilidade de que o regime inicial seja fixado de modo menos gravoso, haja vista a envergadura e a profundidade do princípio da individualização da penal.

3. Todavia, há particularidades, no caso em apreço, que desautorizam o estabelecimento do regime semiaberto, pois a quantidade e a natureza da droga apreendida - 90 (noventa) pedras de crack (pesando 3,7 gramas) - indicam o modo fechado para o início do resgate da pena, como sendo a medida mais adequada.

4. Ordem denegada.

(HC 210.188/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011)

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Embora esta Corte Superior de Justiça, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, inviável a concessão da referida benesse.

2. A natureza e a quantidade da droga apreendida atraem a incidência dos 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".

3. Condenada a paciente por tráfico de 78,52 g (setenta e oito gramas e cinquenta e dois decigramas) de crack, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não satisfaz a resposta penal, sendo o regime mais adequado o fechado.

4. Ordem denegada.

(HC 222.295/DF, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

Constata-se, dessarte, que a insurgência não merece guarida.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0303849-2

HC 228.592 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024102213832 13732010 24102213832

EM MESA

JULGADO: 24/04/2012

Relatora

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

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 ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: WAGNER AUGUSTO TEIXEIRA (PRESO)

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, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.