



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.526 - SP (2010/0225608-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : LUCIANA MARIA FABRI SANDOVAL VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATA ROLIM PEREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 5/12. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A *QUO*. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NO CASO. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida – 1.030g de "cocaína" – justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

3. Não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante do 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.

4. O regime inicial 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 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.

5. Na hipótese dos autos, contudo, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida, razão pela qual deve a Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

6. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.526 - SP (2010/0225608-9)

IMPETRANTE : LUCIANA MARIA FABRI SANDOVAL VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATA ROLIM PEREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RENATA ROLIM PEREIRA, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a Paciente foi condenada pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, porque, no dia 18 de janeiro de 2010, trazia consigo aproximadamente 1 kg (um quilograma) de "cocaína". Inconformada, interpôs apelação no Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso.

No presente *writ*, a Impetrante alega, em síntese, que a Paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação da causa de diminuição prevista no art. § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo. Afirma que, em razão disso, tem direito a regime prisional mais brando, o que lhe permitiria a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da fração máxima do redutor de pena mencionado, a fixação de regime prisional menos gravoso que o fechado e a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 57.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 65/85, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 89/93, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.526 - SP (2010/0225608-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 5/12. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A *QUO*. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NO CASO. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida – 1.030g de "cocaína" – justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

3. Não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante do 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.

4. O regime inicial 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 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.

5. Na hipótese dos autos, contudo, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida, razão pela qual deve a Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

6. Ordem denegada.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Na presente impetração, busca-se, em síntese, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo, a fixação de regime prisional menos gravoso que o fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

O Juízo de primeiro grau realizou a dosimetria da pena nos seguintes termos, *ad litteram*:

"[...]

Na primeira fase da fixação da pena, deve ser levado em conta um dos tipos de droga que a ré escolheu para fazer o transporte ilícito, pois a cocaína, além de apresentar maior lesividade à estrutura orgânica da pessoa do que outras drogas como a maconha, tem grande capacidade de viciação, razão pela qual a pena-base deve ser fixada em um sexto além do mínimo legal. A quantidade de droga, cerca de 1 quilo de cocaína, também deve ser levado em conta para ensejar a fixação da pena base além do mínimo legal, neste caso adotando-se a fração de 1/4. O tipo e a quantidade de droga transportada pela ré faz com que a pena base seja fixada em um total de 5/12 além do mínimo legal, restando em 7 anos e 1 mês de reclusão e 708 dias-multa. Na segunda fase da fixação da pena é de se reconhecer as atenuantes da confissão e da menoridade relativa à época dos fatos, já que a ré assumiu a autoria do crime, bem como contava com menos de 21 anos no dia do crime. Sendo a menoridade relativa considerada atenuante preponderante, faz incidir uma diminuição de 1/4 na pena até aqui fixada e outro 1/4 é diminuído tendo em vista o prestígio que a atenuante da confissão vem recebendo em nossos Tribunais. Dessa feita, aplicando ambas as atenuantes, a pena volta para o piso legal, ponto que não pode ser ultrapassado (Súmula 231 do STJ). Na terceira fase, aplica-se o benefício do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Como a lei não traz critérios para a quantificação da redução prevista nesta minorante, entendo que, em especial, devem as circunstâncias judiciais de que tratam o art. 42 da Lei n.º 11.343/06 e o art. 59 do Código penal definir o quantum da diminuição. Levando-se em conta os pontos considerados na fixação da pena-base, que deixo de repetir para não incorrer em tautologia, entendo que, neste momento, a pena deve ser reduzida em 5/12, ensejando uma pena final de 2 anos e 11 meses de reclusão e 291 dias-multa.
[...] (Fls. 73/74).

O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso 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**" (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas de modo adequado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, no primeiro momento 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, razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

No mesmo sentido, confirmam-se as seguintes ementas:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/3. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

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

2. Na hipótese, à luz do art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, a grande quantidade da droga apreendida - 65,08 kg de maconha -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo.

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

4. Ordem denegada." (HC 173.757/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2011.)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA NOVEL LEI DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

I. O artigo 42 da Lei de Drogas preleciona que na aplicação da pena-base deverá o Juiz sopesar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a quantidade e natureza da droga apreendida.

II. Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína e do "crack" em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes.

III. Quantidade expressiva de droga apreendida - 45 porções de cocaína e 312 de "crack" - que autoriza a exacerbação da pena acima do piso legal, sem que se verifique a ocorrência de constrangimento ilegal.

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator." (HC 179.086/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 14/04/2011.)

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida – 1.030g de "cocaína" – justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

A propósito, veja-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). UTILIZAÇÃO DAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM DUAS DAS TRÊS FASES DA DOSIMETRIA. INOCORRÊNCIA. REPRIMENDA ADEQUADA PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE SE AVALIAR, NA VIA DO HABEAS CORPUS, QUAL SERIA A PENA ADEQUADA AO FATO PELO QUAL FORAM CONDENADOS OS PACIENTES. ORDEM DENEGADA.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal de um patamar mínimo e um máximo.

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

IV - Ordem denegada." (STF, HC 102.487/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 17/06/2010; sem grifos no original.)

Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela causa de diminuição de pena do 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.

De outra parte, no que diz respeito ao regime prisional para o crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, cumpre ressaltar que, não obstante o regime inicial fechado seja imposto 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 –, após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, passou-se a admitir a adequação também do regime, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, com a fixação de regime prisional mais brando, compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.” (STF, HC 97.256/RS, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. 1. CAUSA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. 2. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

1. Inviável a aplicação, no máximo, do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em razão da variedade e da quantidade de droga apreendida em poder do paciente.

2. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável.

3. É a grande quantidade e variedade de drogas apreendidas atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 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". Precedentes.

4. Condenado o ora paciente por tráfico de 58 (cinquenta e oito) embalagens de cocaína em forma de crack, 57 (cinquenta e sete) papелotes de cocaína e 04 (quatro) "trouxinhas" de maconha, o regime mais adequado é o semiaberto, embora a quantidade de pena (03 anos e 04 meses de reclusão) autorizasse, em tese, o aberto.

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

6. Ordem concedida em parte, apenas para fixar o regime inicial semiaberto." (HC 194.277/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 22/06/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO. APLICAÇÃO CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA.

1. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o réu seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades.

2. No caso, levando em conta a primariedade, as circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade pouco expressiva dos entorpecentes apreendidos - 30,6 gramas de cocaína e 50,8 gramas de maconha -, entendo ser cabível a aplicação da referida minorante no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos de reclusão, mostra-se adequada a imposição do regime semiaberto para início da expiação, em virtude da variedade dos entorpecentes encontrados em poder da paciente.

4. Diante mesmas balizas, não é socialmente recomendável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

5. Ordem concedida a fim de aplicar a causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo, conseqüentemente, as reprimendas. Habeas corpus deferido, de ofício, para fixar o regime semiaberto para início de desconto da pena privativa de liberdade." (HC 199.217/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 13/06/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. OCORRÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MEDIDA QUE NÃO SE APRESENTA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

[...]

IV - Para que o sentenciado seja beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do Código Penal (Precedentes).

V - Na espécie, a culpabilidade do paciente e as circunstâncias do crime, valoradas negativamente na r. sentença e no v. acórdão recorrido, bem como as peculiaridades do caso, demonstram que a pretendida substituição da pena não se apresenta socialmente recomendável.

Ordem parcialmente concedida apenas para redimensionar o quantum da pena imposta ao paciente." (HC 137.260/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 04/10/2010.)

Portanto, sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deve a Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (953 PEDRAS DE CRACK e 101 TABLETES DE MACONHA). REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. ORDEM DENEGADA.

1. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei nº 11.343/2006, "[a] conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram que a grande quantidade de substâncias apreendidas - 953 pedras de crack e 101 tabletes de maconha - evidencia o grau de envolvimento do ora Paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

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

4. *Ordem denegada.*" (HC 202.527/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/08/2011.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0225608-9

HC 192.526 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 422010 990102978095

EM MESA

JULGADO: 25/10/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : LUCIANA MARIA FABRI SANDOVAL VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATA ROLIM PEREIRA (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 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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.