



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.679 - SP (2011/0296905-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ROSELY GALVÃO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO AREIAS DO NASCIMENTO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIMINUIÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO NO MÍNIMO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. ORDEM DENEGADA.

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, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do patamar de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, tendo em vista a quantidade, a diversidade e a natureza da substância entorpecente apreendida.

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

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

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

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

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de março de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.679 - SP (2011/0296905-3)

IMPETRANTE : ROSELY GALVÃO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO AREIAS DO NASCIMENTO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de RODRIGO AREIAS DO NASCIMENTO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento à Apelação n.º 990.10.405189-4, interposta pela defesa, tão somente para reduzir a pena de multa, mantendo, no mais, a sentença que condenou o paciente a **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006.**

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em apenas 1/6 (um sexto), aduzindo que o sentenciado preencheria todos os requisitos para sua incidência no patamar máximo.

Argumenta que, reconhecida a culpabilidade atenuada do agente que preenche os critérios estabelecidos no supracitado dispositivo legal, não poderia prosperar a vedação à conversão da sanção reclusiva em restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado, ressaltando que entendimento contrário violaria os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Alega que deveria ser fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 33, § 3º e art. 44, ambos do Código Penal.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo, a fixação do regime aberto, bem como a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo parcial conhecimento do *writ* e, nesta extensão, pela concessão da ordem, bem como pelo deferimento, de ofício, da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.679 - SP (2011/0296905-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa**, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque, em **14-5-2010**, *"portava consigo, para a prática de tráfico de entorpecentes, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 186 (cento e oitenta e seis) tubetes da substância cocaína e 179 (cento e setenta e nove) pedras de crack"* (e-STJ fls. 10).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, ao qual foi dado parcial provimento apenas para reduzir a pena de multa para 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, mantendo, no mais, o édito repressivo.

Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

Relativamente ao *quantum* de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o juiz sentenciante fixou no mínimo legalmente previsto, ou seja, 1/6 (um sexto), a fração de redução da pena, sob os seguintes fundamentos:

"Considerando a incidência da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo quarto do artigo 33 da Nova Lei de Tóxicos, assim como a quantidade de entorpecente apreendido, diminuo a pena aplicada em 1/6 (um sexto), estabelecendo-a em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, mantida a unidade no mínimo, pena esta que torno definitiva ante a ausência de modificadoras a considerar. Para o estabelecimento do 'quantum' de diminuição e pena considere o enorme volume de entorpecente apreendido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em poder do acusado" (e-STJ fls. 22 e 23).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve a fração de redução em 1/6 (um sexto) destacando para tanto que:

*"3.1. a redução hoje admitida pelo § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A **mens legis** da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente "não se dedique às atividades criminosas".*

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República. Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico. A intelecção

útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais.

No âmbito desta Colenda Câmara, consignou o preclaro DES. LUIZ ANTÔNIO CARDOSO por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 990.09.111160-0 (Comarca de LucéliaJ. em 25 de maio de 2010), que "essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder".

A lei atual trouxe tratamento distinto para quem oferece droga a pessoa de seu relacionamento sem objetivo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*lucro - a rigor, traficante de entorpecentes: § 3º do mesmo artigo 33. Ora, também se reserva tratamento diferenciado no § 4º, pois o redutor se dirige a quem comete uma das condutas puníveis constantes do **caput** ou do § 1º do artigo 33 quando o agente atua sem ter o lucro por meta, sem intuito de comércio, sem adotar a odiosa e desaquecedora propagação narcótica como meio de vida. É assim que se deve considerar a exigência de "não se dedicar às atividades criminosas" (terceira figura dos pressupostos indispensáveis à concessão da benesse), porque quem procura obter vantagem financeira através do mercadejo de substância clandestina se propõe, claro, a exercer atividade criminosa: presta o torpe serviço **para alguém**, faz a deplorável intermediação **para alguém**, busca aumentar os recursos ilícitos de grupos ou organizações formadas à margem da lei para custear investidas delituosas n'outros setores do submundo. Convenhamos ser fenômeno de extrema raridade o traficante que age solitariamente... Se se der outra interpretação ao dispositivo em apreço, de forma a alcançar todo e qualquer agente que preencha os demais requisitos, haverá incontornável discrepância com outras normas da mesma Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, como, por exemplo, a descrição típica de seu artigo 37 (mero informante).*

Ante tais circunstâncias, já extremamente obsequiado o increpado com o redutor, não vislumbro justificativa para ampliar o benefício concedido" (e-STJ fls. 47 a 50).

Cumprido esclarecer que, no tocante aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução da reprimenda pela causa especial em questão, esse Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que: "Se o legislador da Lei nº 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas" (HC nº 118.098/RS, Relator(a) Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 9-12-2008).

Vale dizer, o legislador previu 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena 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"*.

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que manteve em **1/6 (um sexto) o quantum de redução de pena insculpido no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06**, tendo em vista que a natureza, a diversidade e a quantidade da droga apreendida - **186 (cento e oitenta e seis) tubetes da substância cocaína e 179 (cento e setenta e nove) pedras de crack** - justificam a aplicação de fração da redução no patamar estabelecido.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

*HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 416 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/6 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA (**3 PEDRAS DE CRACK, 42 BUCHAS E 1 TABLETE DE MACONHA - TOTALIZANDO MAIS DE 100 GRAMAS**) E CONDUTA SOCIAL (EXERCÍCIO DA PRÁTICA DELITIVA COMO MEIO DE SOBREVIVÊNCIA). ART. 42 DA LEI 11.343/06. PRECEDENTES. DELITO OCORRIDO APÓS A VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO PARA A CONCESSÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.*

1. O art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas) permite a redução da pena de 1/6 até 2/3 para o condenado por tráfico, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em penas restritivas de direito.

2. **Embora o paciente seja tecnicamente primário, a quantidade e o tipo da droga apreendida, bem como a conduta social (exercício da prática delitiva como meio de sobrevivência) justificam a diminuição em 1/6, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.**

3. Os fatos que ensejaram a propositura da ação penal ocorreram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 21.01.2008, ou seja, após a vigência da Lei 11.464/07, que, para todos os condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, impõe a fixação do regime inicial fechado.

4. Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que o paciente não possui o requisito objetivo necessário a fim de obter a concessão da substituição da pena por restritiva de direitos, posto que a pena aplicada foi superior a 4 anos.

5. Parecer ministerial pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

(HC 175.907/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 19/04/2011)

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena do paciente foi estabelecida definitivamente em **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão**, ou seja, é superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Por fim, quanto ao regime de cumprimento de pena fixado ao sentenciado, o magistrado singular determinou a imposição do modo inicialmente fechado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07 (e-STJ fls. 23), entendimento que foi ratificado pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 50).

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção do paciente tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restou condenado **ocorreu em 14-5-2010** (e-STJ fls. 10), após, portanto, do advento da Lei n.º 11.464/2007, que entrou em vigor no dia 29-3-2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.

Nesse sentido, o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). PENA: 2 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 275 DIAS-MULTA. PEDIDO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (1 BUCHA DE MACONHA E 11 PEDRAS DE CRACK). DELITO COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07 (13.08.2008). INADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. [...].

1. Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (11 pedras de crack e 1 bucha de maconha) justificam a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

2. **Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.**

[...]

10. Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de

conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. (HC n.º 187.962/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22-2-2011, DJe 21-3-2011)

Ainda, o seguinte precedente da Suprema Corte:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGACÃO.

1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal - seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado.

2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante.

3. Ordem denegada. (HC n.º 103.011/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 24-8-2010, DJe 10-9-2010)

Ante o exposto, não verificada a apontada ilegalidade, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0296905-3

HC 227.679 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 6762010 990104051894

EM MESA

JULGADO: 27/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROSELY GALVÃO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO AREIAS DO NASCIMENTO (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 Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.