



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.481 - MT (2011/0024236-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
ADVOGADO : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : JORGE DE CASTRO SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). APREENSÃO DE 23 GRAMAS DE COCAÍNA. PENA-BASE: 5 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO. REDUÇÃO DE 1/6. PENA FINAL: 4 ANOS, 3 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUMENTO DA PENA-BASE COM BASE NA NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA). ADMISSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA APLICADA EM SEU GRAU MÍNIMO EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES DA 5A. TURMA. INOBSERVÂNCIA, CONTUDO, DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. DIMINUIÇÃO EM 1/3 QUE SE MOSTRA MAIS ADEQUADA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO APENAS NOS CASOS EM QUE FOR POSSÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. SUBSTITUIÇÃO ADMISSÍVEL, EM TESE, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PENA CONCRETIZADA: 3 ANOS, 5 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA ADEQUAR O APENAMENTO DO PACIENTE, DETERMINANDO QUE O JUIZ DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, AFASTANDO-SE A APLICAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA REFERIDA SUBSTITUIÇÃO, BEM COMO DEFINA O NOVO REGIME PRISIONAL, COM A RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. A natureza da droga constitui motivação suficiente para fixar a pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, que assim dispõe: 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.

2. Na aplicação da causa de diminuição de pena (art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06), o julgador deve orientar-se pelas circunstâncias do art. 59 do CPB, com preponderância dos elementos do art. 42 da Lei 11.343/06: natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente; dessa forma, não configura bis in idem a utilização da natureza da droga como fundamento para aumentar a pena-base e para reduzir a pena. Precedentes.

3. No caso dos autos, tendo em vista a pequena quantidade da droga apreendida (23,4 gramas) e considerando que todas as demais circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, constata-se a ausência de proporcionalidade na diminuição operada em apenas 1/6; assim, ao meu sentir, mais adequada, no caso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a redução em 1/3, já que a natureza da droga foi a única peculiaridade negativa anotada pelo Tribunal Estadual; destarte, mantendo-se a pena-base em 5 anos e 2 meses, com a redução de 1/3, a reprimenda total resta concretizada em 3 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão.

4. Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

5. Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma decidiu acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista.

6. Para compatibilizar a admissão, pelo STF, da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico de drogas cometido na vigência da Lei 11.343/06, este STJ tem decidido pela possibilidade de fixação de outro regime de cumprimento da pena além do fechado, mesmo no caso de narcotraficância praticada sob a égide da Lei 11.464/07, mas apenas quando se verificar a possibilidade daquela substituição.

7. Parecer do MPF pela parcial concessão da ordem.

8. Concede-se parcialmente a ordem para adequar o apenamento do paciente, determinando que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastando-se a aplicação da norma proibitiva da referida substituição, bem como defina o novo regime prisional, com a ressalva do ponto de vista do relator.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 31 de maio de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.481 - MT (2011/0024236-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
ADVOGADO : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : JORGE DE CASTRO SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JORGE DE CASTRO SILVA, em adversidade ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que deu parcial provimento à Apelação 94518/2010.

2. Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 650 dias multa, por infração à norma do art. 33 da Lei 11.343/06 (Ação Penal 15080-41.2010.811.0064). Em grau de Apelação da defesa, a pena foi reduzida para 4 anos, 3 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 429 dias multa.

3. No presente *writ*, o impetrante sustenta que: (a) a cocaína possui nocividade normal, não sendo lícita a exasperação da pena-base acima do mínimo legal com fundamento na natureza da droga; (b) não é significativa a quantidade de entorpecente apreendido (23,476 gramas); (c) é inidônea a fundamentação utilizada na aplicação da causa de diminuição de pena em seu grau mínimo (art. 33, § 4o., da Lei 11.343/06); (d) o paciente faz jus ao regime inicial aberto e à substituição da pena por restritiva de direitos; (e) e, por último, não houve fundamentação quanto à negativa do direito de recorrer em liberdade.

4. Indeferida a liminar (fls. 70) e prestadas as informações solicitadas (fls. 78/127), o MPF, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, manifestou-se pela concessão parcial da ordem para, *nos termos do art. 33, § 4o., da Lei 11.343/2006, aplicar a redução de dois terços e fixar a pena em 1 (um) ano, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial aberto, devendo o juiz proceder à substituição da pena privativa de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por penas restritivas de direitos (fls. 131/133).

5. É o que havia para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.481 - MT (2011/0024236-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
ADVOGADO : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : JORGE DE CASTRO SILVA (PRESO)

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). APREENSÃO DE 23 GRAMAS DE COCAÍNA. PENA-BASE: 5 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO. REDUÇÃO DE 1/6. PENA FINAL: 4 ANOS, 3 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUMENTO DA PENA-BASE COM BASE NA NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA). ADMISSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA APLICADA EM SEU GRAU MÍNIMO EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES DA 5A. TURMA. INOBSERVÂNCIA, CONTUDO, DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. DIMINUIÇÃO EM 1/3 QUE SE MOSTRA MAIS ADEQUADA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO APENAS NOS CASOS EM QUE FOR POSSÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. SUBSTITUIÇÃO ADMISSÍVEL, EM TESE, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PENA CONCRETIZADA: 3 ANOS, 5 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA ADEQUAR O APENAMENTO DO PACIENTE, DETERMINANDO QUE O JUIZ DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, AFASTANDO-SE A APLICAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA REFERIDA SUBSTITUIÇÃO, BEM COMO DEFINA O NOVO REGIME PRISIONAL, COM A RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. *A natureza da droga constitui motivação suficiente para fixar a pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, que assim dispõe: 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.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Na aplicação da causa de diminuição de pena (art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06), o julgador deve orientar-se pelas circunstâncias do art. 59 do CPB, com preponderância dos elementos do art. 42 da Lei 11.343/06: natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente; dessa forma, não configura *bis in idem* a utilização da natureza da droga como fundamento para aumentar a pena-base e reduzir a pena. Precedentes.

3. No caso dos autos, tendo em vista a pequena quantidade da droga apreendida (23,4 gramas) e considerando que todas as demais circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, constata-se a ausência de proporcionalidade na diminuição operada em apenas 1/6; assim, ao meu sentir, mais adequada, no caso, a redução em 1/3, já que a natureza da droga foi a única peculiaridade negativa anotada pelo Tribunal Estadual; dest'arte, mantendo-se a pena-base em 5 anos e 2 meses, com a redução de 1/3, a reprimenda total resta concretizada em 3 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão.

4. Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a destruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

5. Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma decidiu acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista.

6. Para compatibilizar a admissão, pelo STF, da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico de drogas cometido na vigência da Lei 11.343/06, este STJ tem decidido pela possibilidade de fixação de outro regime de cumprimento da pena além do fechado, mesmo no caso de narcotraficância praticada sob a égide da Lei 11.464/07, mas apenas quando se verificar a possibilidade daquela substituição.

7. Parecer do MPF pela parcial concessão da ordem.

8. Concede-se parcialmente a ordem para adequar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenamento do paciente, determinando que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastando-se a aplicação da norma proibitiva da referida substituição, bem como defina o novo regime prisional, com a ressalva do ponto de vista do relator.

1. Quanto ao aumento da pena-base, afirmou o acórdão que a natureza da substância, cocaína (fls. 39), é das que mais rapidamente devasta o usuário, haja vista a imediatividade com que é metabolizada pelo organismo (...). Evidenciado ser desfavorável ao réu a natureza da droga apreendida, estabeleço a pena base em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e a pecuniária em 515 (quinhentos e quinze) dias-multa (fls. 88/89).

2. A natureza da droga constitui motivação suficiente para fixar a pena-base em 2 meses acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, que assim dispõe: 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. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE EXASPERADA DE UM SEXTO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. COCAÍNA. POSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DE SEUS REQUISITOS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM.

1. *Mostra-se justificada a exasperação da pena-base além do mínimo legal baseada na natureza da droga apreendida - cocaína -, por se tratar de substância nociva à saúde do usuário, a teor do que preceituam os artigos 42 da Lei nº 11.343/2006 e 59 do Código Penal.*

(...)

(HC 152.285/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES DJe 24.05.2010).

3. No que diz respeito à causa de diminuição de pena do art. 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4o., da Lei 11.343/06, o Tribunal *a quo* aplicou-a em seu grau mínimo, também em razão da *alta lesividade* da substância apreendida (fls. 90), *in verbis*:

Observa-se que a jurisprudência em casos semelhantes ressalta a importância de se demonstrar que a pena há de ser justa e suficiente para a reprovação do crime, mesmo aplicando a causa de diminuição no seu grau mínimo. In casu, como ressaltado alhures, trata-se de substância de alta lesividade (cocaína). Como quando presente o aspecto quantitativo, que não é o caso, pode ser aplicada esta causa no seu patamar mínimo (fls. 90).

4. A Lei de Drogas deixa ao critério do Julgador a escolha do percentual a ser reduzido, impondo, tão-somente, que oriente-se pelas circunstâncias do art. 59 do CPB, mas com preponderância dos elementos do art. 42 da Lei 11.343/06: *natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*

5. Ao contrário do que afirma o impetrante, não configura *bis in idem* a utilização da natureza da droga como fundamento para aumentar a pena-base e reduzir a pena. A se admitir a tese, toda vez que o Juiz aumentasse a pena-base considerando o tipo ou a quantidade da droga apreendida, mas verificasse o preenchimento, pelo réu, dos requisitos do § 4o. do art. 33 da Lei de Drogas, teria que operar essa diminuição em grau máximo, o que é absolutamente incongruente com o espírito da Lei.

6. A lógica implícita no sistema criado pela nova Lei 11.343/06 indica que o legislador previu 2 momentos distintos de apuração da reprimenda penal: o primeiro deles, relativo à pena-base, agravantes e atenuantes; o segundo, em que irá verificar a possibilidade de incidência da minorante do § 4o. do art. 33. Para ambas as operações intelectuais determinou que o Juiz, além de observar o disposto no art. 59 do CPB, desse primazia *a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente* (art. 42), porque considerou-os sem dúvida, aspectos nucleares do crime em questão.

7. Essa tem sido a orientação desta 5a. Turma, consoante ressaí dos julgados abaixo transcritos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 179086/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe 14.04.2011).*

✧ ✧ ✧

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MOTIVOS DO CRIME. BUSCA DE LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA PRÓPRIA DO TIPO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE.

1. *Em se tratando de crime de tráfico de drogas, 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 11.343/06.*

2. *Não há falar em constrangimento ilegal na exasperação da pena decorrente da culpabilidade acentuada da agente, porquanto a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável, diante do planejamento antecipado da ação criminosa, mostrando-se justificada, portanto, a elevação da pena-base sob esse argumento.*

(...).

4. *Verificado que as instâncias ordinárias levaram em consideração a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos que justificam maior reprimenda.*

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. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. *Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. *Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor no percentual de 1/4 (um quarto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza - cocaína - e a elevada quantidade de substância entorpecente apreendida com a paciente.*

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. *Habeas corpus parcialmente concedido, apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, ficando a sua reprimenda definitiva em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 464 (quatrocentos e sessenta e quatro) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado (HC 176404/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 14.04.2011).*

8. *Todavia, no caso dos autos, tendo em vista a pequena quantidade da droga apreendida (23,4 gramas) e considerando que todas as demais circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, constata-se a ausência de proporcionalidade na diminuição operada em apenas 1/6; assim, ao meu sentir, mais adequada, no caso, a redução em 1/3, já que a natureza da droga foi a única peculiaridade negativa anotada pelo Tribunal Estadual.*

9. *Dessa forma, mantida a pena-base em 5 anos e 2 meses, reduzo-a de 1/3, totalizando 3 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão.*

10. *Quanto ao regime aberto, para compatibilizar a admissão, pelo STF, da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico de drogas cometido na vigência da Lei 11.343/06, este STJ, mesmo no caso*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de narcotraficância praticada sob a égide da Lei 11.464/07, tem entendido pela possibilidade de fixação de outro regime de cumprimento da pena, mas apenas quando se verificar a possibilidade daquela substituição. Nesse sentido:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AO ART. 59 DO CP. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. PREPONDERÂNCIA. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. REDUÇÃO REALIZADA PELA CORTE ESTADUAL. PATAMAR RAZOÁVEL. REGIME INICIALMENTE FECHADO. DELITO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O percentual de aplicação da causa de diminuição de pena estabelecida pelo art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, considerada a discricionariedade do julgador, deve obedecer as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, com preponderância da natureza e quantidade de droga apreendida, personalidade e conduta social do agente.

II. Nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, a natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas tanto na fixação da pena-base quanto na determinação do quantum de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

III. In casu, o patamar de redução fixado no acórdão a quo é razoável, em razão da natureza da droga apreendida (cocaína e "crack").

IV. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, manifestou-se sobre a matéria, no julgamento HC n.º 97.256/RS, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, tendo declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006.

V. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

VI. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.

VII. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VIII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 173.094/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe 11.05.2011)

11. Tenho defendido incansavelmente que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para condenado por crime de tráfico, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente.

12. Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou. De igual, o único regime inicial de execução de pena compatível com esse tipo de delito é o fechado, *aliás, expressamente previsto na legislação* (Lei 11.464/07).

13. No entanto, como dito, os integrantes da 5a. Turma decidiram acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a substituição da pena, a ser fixada pelo Juiz da VEC, que deverá, igualmente, estabelecer o novo regime prisional.

14. Por último, não há falar em ilegalidade da *prisão cautelar* do paciente, uma vez que o acórdão condenatório transitou em julgado. O próprio impetrante afirma que, *em 04/02/2011, ocorreu o trânsito em julgado da sentença.*

15. Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem para adequar o apenamento do paciente, determinando que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastando-se a aplicação da norma proibitiva da referida substituição, bem como defina o novo regime prisional, com a ressalva do ponto de vista do relator.

16. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0024236-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 196.481 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15804120108110064 22603 945182010

EM MESA

JULGADO: 31/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
ADVOGADO : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : JORGE DE CASTRO SILVA (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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.