



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.229 - SP (2012/0238709-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDREA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIANA DA SILVA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS EXPRESSAMENTE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL A *QUO*. NEGATIVA PELA SIMPLES QUANTIDADE DE DROGA, SEM INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

3. Hipótese que o Tribunal de origem, a par de reconhecer expressamente o preenchimento dos requisitos legais do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 pela paciente, negou a aplicação do benefício em virtude, tão somente, da quantidade de drogas apreendida (*30,8g, acondicionados em 64 papелotes, 39,8g acondicionados em 46 supositórios, e 512,5g, acondicionados em 426 papелotes, tudo de cocaína, bem como 79,6g de Cannabis Sativa L (maconha), acondicionadas em 25 papелotes*), não tendo indicado, em nenhum momento que tal quantidade evidenciaria dedicação à atividade criminosa.

4. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo da ré, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas apenas como vetoriais norteadoras da fixação do *quantum* de redução a ser aplicado no caso. Precedentes.

5. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados. Precedentes.

6. Outrossim, não subsiste a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

7. *Habeas corpus* não conhecido, porém, concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como para que o juízo das execuções – haja vista o trânsito em julgado da condenação – proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, **com estrita observância às regras do art. 33 do CP**, afastada a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007, bem como examine a possibilidade da concessão da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do CP, excluída a vedação legal do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 (parte final).

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior não conhecendo do habeas corpus, mas concedendo a ordem de ofício, sendo acompanhado pelos Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz, e o voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura não conhecendo do habeas corpus, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Sebastião Reis Júnior (voto-vista) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.229 - SP (2012/0238709-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDREA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIANA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso, impetrado em favor de MARIANA DA SILVA, em face do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao apelo da defesa e deu provimento ao apelo ministerial.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em 1º Grau, à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa pela prática do delito de tráfico de entorpecentes.

Em sede de apelação, o Tribunal afastou a causa de diminuição da pena prevista no §4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, aumentando a reprimenda a 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, mantida, no mais, a sentença.

Alega a impetrante, em síntese, que *"embora o artigo 42 da Lei de Drogas determine que, ao fixar a pena, o juiz deva se atentar à natureza e quantidade da substância ou do produto, além da personalidade e conduta social do agente, tal dispositivo legal estabelece as regras para a fixação da reprimenda e não os requisitos para a aplicação do redutor do §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06."* (fl. 3), tendo a Juíza de piso decidido *"corretamente ao aplicar a redução de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas no montante de 2/3, eis que demonstrada à saciedade a presença de todos os requisitos legais, razão pela qual merece ser cassada a decisão que afastou a incidência da referida causa de diminuição de pena."* (fl. 5)

Requer, assim, a concessão da ordem para *fazer cessar o constrangimento ilegal imposto a paciente, cassando o v. acórdão impugnado, mantendo-se, por conseguinte, a aplicação, em proporção máxima, da redutora prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, fixando-se, ainda, o regime aberto ou semiaberto para início de cumprimento da reprimenda e substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.* (fl. 11)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.229 - SP (2012/0238709-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Como visto, a paciente foi condenada pela prática de tráfico de drogas às penas de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, tendo sido negada a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nos termos seguintes:

"[...] No caso em tela deve-se afastar a aplicação do redutor presente no artigo 33, parágrafo 4º da Lei de Drogas.

A causa especial de redução de pena que deve ser concedida em prol daqueles que, a despeito de condenados pela prática de crime de tráfico ilícito de drogas, estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas. Sua aplicação só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, pela necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no § 4º, do artigo 33, da lei em comento.

Tal questão deve ser interpretada em conjunto com o artigo 42 da mesma lei especial, que traça diretrizes para a fixação da pena base. O redutor não traduziria uma resposta penal justa e proporcional, diante a grande quantidade de entorpecentes apreendidos e o potencial de prejuízo à saúde pública que a atividade do traficante venha causar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deste modo, não se cogita em aplicação da causa de redução presente no artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06 tendo em vista a elevada quantidade das drogas encontrada com a acusada, devendo preponderar o art. 42 da Lei de Drogas. [...]" (fls. 36/37)

De início, cumpre esclarecer que, é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga **podem** justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando, aliada a outros elementos, evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

Na espécie, contudo, o Tribunal de origem, **a par de reconhecer expressamente o preenchimento dos requisitos legais do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 pelo paciente, negou a aplicação do benefício em virtude, tão somente, da quantidade/variedade de drogas apreendidas, não indicando, em nenhum momento, no aresto impugnado, qualquer outro indicativo que evidenciasse dedicação à atividade criminosa.**

Com efeito, a aplicação do mencionado benefício não fica condicionada à antítese do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, nem é mera faculdade do julgador. Trata-se, ao contrário do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, de **direito subjetivo do réu**, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do *quantum* de redução a ser aplicado no caso, daí o constrangimento ilegal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte e do STF:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. NEGATIVA PELA SIMPLES QUANTIDADE DE DROGA (61 G. DE CRACK, 41 G. DE MACONHA E 10 G. DE COCAÍNA) SEM INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. AFASTAMENTO DEVIDO. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Anotações constantes na folha de antecedentes criminais, sem notícia de trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negativa de nenhuma das circunstâncias judiciais. Inteligência da Súmula 444/STJ.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

4. Hipótese em que o Tribunal de origem negou a aplicação do benefício em virtude, tão somente, da quantidade de drogas apreendida, não demonstrando com base em outros elementos probantes, que tal quantidade evidenciaria dedicação à atividade criminosa.

5. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do quantum de redução a ser aplicado no caso. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para fixar a pena em 4 anos e 2 meses de reclusão e 417 dias-multa (STJ, HC 297.098/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO DA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 3. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. 4. APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CABIMENTO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Para a incidência do tipo de penal previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006 faz-se necessária a comprovação do vínculo associativo, de forma permanente e duradoura, e não apenas eventual, sendo fundamental que os agentes se reúnam com o propósito de manter uma meta comum. No caso, o Tribunal a quo ateve-se em justificar a prescindibilidade do vínculo de permanência e estabilidade, consignando apenas que os réus estavam juntos na mesma empreitada criminosa em associação eventual, enquanto que o Magistrado sentenciante absolveu o réu em virtude da absoluta ausência de qualquer prova de estabilidade ou organização.

3. **O acusado que preenche os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, tem o direito subjetivo à redução da pena, nos parâmetros estabelecidos no referido dispositivo legal. Para tanto, cabe ao magistrado decidir, fundamentadamente, qual a fração de aplicação, sob pena de nulidade.**

4. No caso, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos - diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão -, considerando a variedade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - 1,2 g (um grama e dois decigramas) de cocaína e 36,1 g (trinta e seis gramas e um decigrama) de crack -, droga de alto poder viciante e alucinógeno, o regime mais adequado à espécie é o semiaberto.

5. Pelos mesmos fundamentos, não se considera socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

6. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença de primeiro grau e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente (STJ, HC 261.468/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 09/04/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DA MINORANTE EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. **A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 constitui direito subjetivo do condenado por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos necessários à sua aplicação, a saber, tratar-se de agente primário e**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Reconhecido o direito à redução de pena, para a fixação do respectivo coeficiente em patamar inferior ao máximo previsto em lei, exige-se a devida fundamentação.

3. Na espécie, o estabelecimento da minorante em 1/3 (um terço) foi justificado na elevada quantidade de droga apreendida, fundamento que encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal.

4 - Ordem denegada (STJ, HC 126.447/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 COM FUNDAMENTO NA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PACIENTE ABSOLVIDO EM SEGUNDA INSTÂNCIA DA IMPUTAÇÃO DO ART. 35 DA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DO AFASTAMENTO DA MINORANTE. REFORÇO ARGUMENTATIVO DO STJ AO JUSTIFICAR A NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E NA INTERESTADUALIDADE DO TRÁFICO. INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

1. No caso, o juízo de primeira instância afastou a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em face da condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo absolveu o paciente da imputação prevista no art. 35 da Lei 11.343/2006, porém nada aduziu a respeito da aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. **O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, justificou a não incidência da minorante com base na quantidade de entorpecente e na interestadualidade do delito.**

2. Além de ser inviável a instância superior, em sede de habeas corpus, apresentar fundamentos objetivando suprir eventual vício de fundamentação da decisão originária, **o STJ negou a aplicação da minorante com base em circunstâncias que não estão descritas no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.**

3. Habeas corpus concedido, em parte, para determinar ao Tribunal de origem que proceda ao exame da incidência, ou não, da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. (STF, HC 118697, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014 - Grifos).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Em casos teratológicos e excepcionais, como na hipótese, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado bis in idem na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nessa linha, o édito condenatório incide no vício do bis in idem.

3. A quantidade da droga apreendida não autoriza inferir profundo envolvimento do paciente com o tráfico de drogas. Aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos devem ser apreciadas pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos dos artigos 33 e 44 do Código Penal.

5. Ordem parcialmente concedida para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida e a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar que reputar necessário à repressão e prevenção do crime. (STF, HC 123168, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014 - Grifos).

Passo, assim, ao redimensionamento das penas.

Na espécie, foi fixada a pena-base no mínimo legal, na primeira fase, a qual permanece no mesmo patamar, na segunda fase, ausentes atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Por fim, na terceira etapa da dosimetria, reduz-se a pena em 2/3 pela minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, conforme estabelecido na sentença condenatória, totalizando 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, as quais se tornam definitivas à minguada de outras causas modificativas.

Quanto ao regime prisional, à paciente foi fixado o regime fechado e negada a substituição das penas, com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

"[...] Tratando-se de crime assemelhado a hediondo, deverá o réu cumprir a pena privativa de liberdade imposta no regime fechado, consoante dispõe a Lei 11.464/07, não podendo recorrer desta decisão em liberdade. Preso em flagrante, foi mantido custodiado durante o curso da instrução" (fl. 25).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se vê, na medida em que a quantidade de pena reclusiva imposta – 1 ano e 8 meses – permite a fixação de regime menos gravoso – nos termos do art. 33, § 2º, "b" e "c", do CP –, considerando-se, ainda, que o regime inicial fechado foi fixado com base na previsão legal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 11.464/2007, resta configurado o constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

Isso porque tal previsão legal foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

O § 3º do art. 33 do CP, por sua vez, estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, *ad litteram*:

Súmula 440/STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INAPLICABILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

2. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

3. Concluído pelo Tribunal a quo que o paciente se dedicava a atividades criminosas, não incide ao referido redutor, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades de cada caso.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos e 8 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do sursis.

6. In casu, a negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não analisou os elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, negando a modificação de regime, apenas em atenção ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07).

8. Ordem parcialmente concedida, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena (STJ, HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe de 27/08/2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO PARCIALMENTE DEMONSTRADO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida em parte apenas para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como o óbice 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, a ser estabelecido de acordo com o art. 33 do CP (STJ, HC 245.849/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe de 24/09/2012).

Quanto à substituição das penas, foi indeferida com base nos seguintes fundamentos:

"[...] Em razão da natureza do delito, assemelhado ao hediondo, não há como substituir ou suspender a pena privativa de liberdade. Aliás, o próprio parágrafo da norma supramencionada inviabiliza a substituição. [...]" (fl. 24).

Com efeito, a referida vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, também não subsiste, tendo sido declarado inconstitucional, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O entendimento passou, desde então, a ser adotado pelo STJ: AgRg no HC 121.111/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 17/12/2010, e EDcl no HC 122.269/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 22/11/2010.

Em 15/2/2012, com a edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suspensa a execução da mencionada vedação legal, *in verbis*:

RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

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. Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012.

Nesse contexto, afastada a vedação legal, caberá às instâncias ordinárias examinar o cabimento, na espécie, do benefício, consoante os requisitos previstos no art. 44 do CP.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para reduzir as penas a 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como para que o juízo das execuções – haja vista o trânsito em julgado da condenação – proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, **com estrita observância às regras do art. 33 do CP**, afastada a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007, bem como examine a possibilidade da concessão da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do CP, excluída a vedação legal do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 (parte final).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0238709-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 259.229 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14462011 774569020118260050

EM MESA

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDREA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIANA DA SILVA

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:

Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Aguardam os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Rogerio Schietti Cruz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.229 - SP (2012/0238709-4)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: A questão que me fez pedir vista dos autos refere-se à extensão do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. O que deve ser respondido aqui é se pode o julgador se recusar a aplicar a redução ali prevista exclusivamente em razão da quantidade e/ou qualidade de drogas apreendidas.

Para o eminente Relator, segundo compreendi de seu voto, tem o réu direito à aplicação do redutor desde que reconhecida a sua primariedade, seus bons antecedentes e o fato de não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. A quantidade e a qualidade de drogas serão consideradas por ocasião da fixação do redutor.

Trouxe o eminente Relator precedentes tanto desta Casa (Quinta e Sexta Turmas) como do Supremo Tribunal Federal.

Do precedente do Supremo (HC n. 118.697/SP) trago, por entender importante, o seguinte trecho do voto do eminente Ministro Teori (grifo nosso):

[...] Ainda que se admitisse tais fundamentos, há que se considerar que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a causa de diminuição da pena incide nas hipóteses em que o *“o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”*. **Ou seja, a quantidade de drogas e a interestadualidade do delito não constituem, isoladamente, fundamentos idôneos para negar o benefício da redução de pena.** Nada impede, por outro lado, que o julgador, **a partir da quantidade de drogas e de outros elementos probantes, conclua que o acusado dedica-se à prática de atividades criminosas ou integre organização criminosa.** [...]

Por outro lado, como bem salientado pela Ministra Maria Thereza em outras oportunidades, também a Quinta e a Sexta Turmas deste Tribunal bem como o Supremo já se posicionaram em sentido contrário.

Porém, refletindo com mais vagar sobre o assunto, chego à mesma conclusão a que chegaram o Relator e o Ministro Teori: a quantidade e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualidade das drogas, por si sós, não podem impedir a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

A lei, a meu ver, é clara nesse sentido, considerando que garante ao réu a redução de sua pena desde que seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Presentes essas quatro circunstâncias, não há como negar tal direito ao réu.

Não há aqui recusa ao disposto no art. 42 da referida lei, considerando-se que a quantidade e/ou qualidade de drogas pode ser utilizada tanto para caracterizar a dedicação a atividades criminosas ou a integração em organização criminosa como para dimensionar o tamanho do benefício a ser concedido.

Existe, assim, uma sutil diferença, bem pontuada pelo Ministro Teori, entre considerar a quantidade e/ou qualidade como elemento que demonstra o fato de que o réu se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa e afastar o redutor apenas indicando como motivo a quantidade e qualidade de drogas, sem qualquer indicação de que o réu se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. A presença de um ou outro uso da qualidade/quantidade de drogas deve ser examinada caso a caso.

No caso concreto a exclusão do redutor se deu única e exclusivamente em razão da quantidade de drogas (fl. 37), inexistindo qualquer referência à ausência das condições enumeradas no já pluricitado § 4º.

Nesses termos, acompanho o eminente relator na íntegra, pedindo vênua àqueles que pensam em sentido contrário. **Não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem **de ofício**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.229 - SP (2012/0238709-4)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

O ilustre Relator, Nefi Cordeiro, assim sumariou a controvérsia:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso, impetrado em favor de MARIANA DA SILVA, em face do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao apelo da defesa e deu provimento ao apelo ministerial.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em 1º Grau, à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa pela prática do delito de tráfico de entorpecentes.

Em sede de apelação, o Tribunal afastou a causa de diminuição da pena prevista no §4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, aumentando a reprimenda a 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, mantida, no mais, a sentença.

Alega a impetrante, em síntese, que *"embora o artigo 42 da Lei de Drogas determine que, ao fixar a pena, o juiz deva se atentar à natureza e quantidade da substância ou do produto, além da personalidade e conduta social do agente, tal dispositivo legal estabelece as regras para a fixação da reprimenda e não os requisitos para a aplicação do redutor do §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06."* (fl. 3), tendo a Juíza de piso decidido *"corretamente ao aplicar a redução de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas no montante de 2/3, eis que demonstrada a saciedade a presença de todos os requisitos legais, razão pela qual merece ser cassada a decisão que afastou a incidência da referida causa de diminuição de pena."* (fl. 5)

Requer, assim, a concessão da ordem para *fazer cessar o constrangimento ilegal imposto a paciente, cassando o v. acórdão impugnado, mantendo-se, por conseguinte, a aplicação, em proporção máxima, da redutora prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, fixando-se, ainda, o regime aberto ou semiaberto para início de cumprimento da reprimenda e substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.* (fl. 11)

É o relatório.

Sua Excelência não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem de *ofício para reduzir as penas a 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como para que o juízo das execuções – haja vista o trânsito em julgado da condenação – proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007, bem como examine a possibilidade da concessão da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do CP, excluída a vedação legal do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 (parte final).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante à causa especial de diminuição do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, entendeu o ilustre Relator, no que foi acompanhado pelos demais integrantes da Sexta Turma, que a quantidade e natureza das drogas, tal como prevista no art. 42 do mesmo diploma legal, não pode ser, por si só, óbice capaz de afastar a benesse, mas funciona como balizador do *quantum* a ser aplicado ou para aferir se é o agente integrante de organização criminosa ou se faz do tráfico meio de vida.

Ousei divergir.

O dispositivo em tela dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Ao fixar a pena do réu, o magistrado singular fê-lo nestes termos (fl. 24):

Dessa forma, mister se faz a condenação da acusada.

Incurso a ré no artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, passo a dosimetria da pena, levando em consideração os preceitos do artigo 59 do Código Penal. A ré é primária, razão pela qual fixo a pena base no mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa no valor do mínimo legal permitido. Preenchidos os requisitos contidos no artigo 33, § 40 da Lei 11.343/06, diante da não comprovação de participar a ré de organização criminosa, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), totalizando a reprimenda de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pena essa que torno definitiva, inexistindo quaisquer outras circunstâncias agravantes ou atenuantes para reconhecer, ou causas de aumento ou diminuição de pena.

O acórdão recorrido afastou a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, sob os seguintes fundamentos (fls. 36/37):

No caso em tela deve-se afastar a aplicação do redutor presente no artigo 33, parágrafo 40 da Lei de Drogas.

A causa especial de redução de pena que deve ser concedida em prol daqueles que, a despeito de condenados pela prática de crime de tráfico ilícito de drogas, estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas. Sua aplicação só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, pela necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no § 4º, do artigo 33, da lei em comento.

Tal questão deve ser interpretada em conjunto com o artigo 42 da mesma lei especial, que traça diretrizes para a fixação da pena base, O redutor não traduziria uma resposta penal justa e proporcional, diante a grande quantidade de entorpecentes apreendidos e o potencial de prejuízo à saúde pública que a atividade do traficante venha causar.

Deste modo, não se cogita em aplicação da causa de redução presente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no artigo 33, parágrafo 40 da Lei nº 11.343/06 tendo em vista a elevada quantidade das drogas encontrada com a acusada, devendo preponderar o art. 42 da Lei de Drogas.

Assim, ausentes agravantes ou atenuantes da segunda fase e causas de aumento ou diminuição de pena tomo definitiva a pena em 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias u multa, no valor mínimo legal.

Da leitura dos autos, verifica-se que o Colegiado estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - **30,8 gramas de cocaína, acondicionadas em 64 (sessenta e quatro) papelotes, 39,8 gramas de cocaína, acondicionados em 46 (quarenta e seis) supositórios, 512,5 gramas de cocaína, acondicionados em 426 papelotes e ainda 79,6 de maconha em 25 (vinte e cinco) papelotes** (fls. 30).

Com efeito, 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"*.

Nesta senda, devidamente fundamentada a negativa da benesse com fulcro no art. 42 do Diploma Antidrogas, não há falar em constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O Colegiado estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade das drogas apreendidas - 32 g de maconha, 42 g de crack e 68 g de cocaína - o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentada a negativa do benefício com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que 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"*.

2. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias ordinárias não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade in abstracto do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, ratificada a liminar outrora deferida até a deliberação do referido Juízo.

(HC 340.540/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 2. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REQUISITO SUBJETIVO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. É certo que a quantidade de drogas e a sua diversidade podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como interferir na escolha do percentual de redução, na fixação do regime prisional e na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem considerou adequada a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), entendendo que, apesar da variedade de entorpecentes apreendidos (50,36g de cocaína e 2,63g de maconha), a quantidade não se mostra expressiva, a ponto de justificar a aplicação da causa de diminuição de pena em fração diversa. Pelas mesmas circunstâncias, e considerando a primariedade do réu, entendeu ser possível a substituição da pena por restritiva de direitos, conforme art. 44 do Código Penal.

4. Nesse contexto, não cabe aqui, em recurso especial, rever esse juízo subjetivo de convencimento, se não há ofensa aos dispositivos de leis federais apontados pelo Ministério Público, atraindo, assim, a incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp 1.383.773/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 22/05/2014)

Dessarte, verifica-se ser adequada a fundamentação empregada a fim de afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Assim, tem-se que a impetração não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0238709-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 259.229 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14462011 774569020118260050

EM MESA

JULGADO: 03/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDREA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIANA DA SILVA

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:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior não conhecendo do habeas corpus, mas concedendo a ordem de ofício, sendo acompanhado pelos Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz, e o voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura não conhecendo do habeas corpus, a Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Sebastião Reis Júnior (voto-vista) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.