



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.919 - SP (2011/0027937-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISABEL APARECIDA ÂNGELO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. APREENSÃO DE 139 PORÇÕES DE CRACK. DOSIMETRIA DA PENA. PACIENTE CONDENADA A 5 ANOS, 6 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA DO § 4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INALTERADA A PENA, RESTA PREJUDICADO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DELITO COMETIDO APÓS A LEI 11.464/07. INADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO, RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO, APENAS QUANDO VERIFICADA A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Ocorre que, no caso concreto, reconheceu-se que o paciente se dedica a atividade criminosa, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação.

3. A alteração dessa conclusão exige, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, *in casu*, não estão evidentes, impedindo a análise do tema por meio da via exígua do *Habeas Corpus*.

4. Inalterada a pena, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do *quantum* de pena aplicado; ressaltada a possibilidade de fixação de regime mais brando, apenas quando verificada a possibilidade de substituição da pena. Precedentes.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília/DF, 28 de junho de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.919 - SP (2011/0027937-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISABEL APARECIDA ÂNGELO DA SILVA

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ISABEL APARECIDA ÂNGELO DA SILVA, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio TJSP, que deu parcial provimento ao apelo defensivo. O aresto ficou assim ementado:

Apelação criminal - Tráfico de entorpecente.

Materialidade delitiva comprovada por auto de apreensão do entorpecente e laudo de exame químico-toxicológico.

Autoria confessada e demonstrada pela palavra dos policiais que prenderam a ré em flagrante.

Acolhimento do pedido de reconhecimento da atenuante do artigo 65, inciso III, letra d, do Código Penal - A acusada confessou a prática do tráfico em ambas as oportunidades em que foi ouvida.

Causa de redução prevista no parágrafo 4o. do artigo 33 da Lei 11.343/06 não reconhecida porque a ré admitiu sua dedicação à atividade ilícita.

Recurso parcialmente provido para reduzir a pena a 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 555 dias-multa (fls. 74).

2. Infere-se dos autos, que a paciente foi condenada à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* da Lei 11.343/06 (tráfico ilícito de entorpecente). Em sede de Apelação, o Tribunal *a quo* reduziu a reprimenda para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, mantendo, no mais, a sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Pretende a impetração, em síntese, a aplicação da fração redutora prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 e, com a redução da reprimenda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Requer, ainda, a aplicação de regime prisional menos gravoso.

4. Indeferida a liminar (fls. 49) e prestadas as informações solicitadas (fls. 61/81), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República JOÃO FRANCISCO SOBRINHO, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 85/87).

5. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.919 - SP (2011/0027937-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISABEL APARECIDA ÂNGELO DA SILVA

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. APREENSÃO DE 139 PORÇÕES DE CRACK. DOSIMETRIA DA PENA. PACIENTE CONDENADA A 5 ANOS, 6 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA DO § 4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INALTERADA A PENA, RESTA PREJUDICADO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DELITO COMETIDO APÓS A LEI 11.464/07. INADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO, RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO, APENAS QUANDO VERIFICADA A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. *A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.*

2. *Ocorre que, no caso concreto, reconheceu-se que o paciente se dedica a atividade criminosa, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação.*

3. *A alteração dessa conclusão exige, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, in casu, não estão evidentes, impedindo a análise do tema por meio da via exígua do Habeas Corpus.*

4. *Inalterada a pena, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado; ressalvada a possibilidade de fixação de regime mais brando, apenas quando verificada a possibilidade de substituição da pena. Precedentes.*

6. *Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.*

1. Alega-se, na presente impetração, o constrangimento ilegal derivado da não aplicação do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06. Requer, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime prisional menos gravoso.

2. É de se observar que a redução prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 objetivou suavizar a situação daqueles que não se dedicam ao tráfico como profissão, dos que cometeram o delito pela primeira vez, do traficante ocasional (a mulher que leva a droga para o marido ou o filho viciado na cadeia, por exemplo).

3 Ocorre que, no caso concreto, o reconheceu-se que o paciente se dedica a atividade criminosa, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação.

4. Confira-se, no que interessa, trecho do acórdão impugnado:

Quanto à causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4o., da Lei 11.343/06 a ser considerada na terceira fase da dosimetria, descabe aplicá-la porque a ré admitiu que traficava havia 2 meses e que essa atividade era a única a que se dedicava para o sustento próprio e dos filhos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, dispõe o parágrafo acima referido que as penas impostas para o delito de tráfico podem ser reduzidas de um sexto a dois terços, 'desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa'. Esse dispositivo prevê 'mais uma alternativa para o juiz na adequação da pena às diversas formas de participação na atividade criminosa, ampliando, pois, o poder do juiz na determinação da culpabilidade de cada um, nos termos da parte final do art. 29 do Código Penal' (Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, Lei de Drogas Anotada, 3a., ed. RT, 2009, pág. 109). Dessa forma, a lei nova, que tornou mais severa a punição do traficante, atribuiu ao juiz um poder mais flexível de individualização da pena privativa de liberdade que lhe permite ajustá-la melhor ao fato ocorrido e à personalidade concreta do agente, de modo a permitir apenação mais branda nos casos em que ela se justifica (...).

Na hipótese, a ré confessou que comercializava entorpecente há aproximadamente dois meses e que vivia disso. Consequentemente, admitiu que se dedicava ao tráfico, o que impede a aplicação do parágrafo 4o., do artigo 33 da Lei 11.343/06. Some-se o fato da ré traficar entorpecente altamente nocivo à saúde na própria residência, onde morava com quatro crianças (de 13, 12, 9, e 7 anos de idade - fls. 82), e a considerável quantidade de entorpecente apreendida (139 pedras de crack). Acreça-se que o fato de estar desempregada não minimiza a gravidade da traficância, pois a ré poderia procurar ocupação lícita (fls. 76/77).

5. A alteração dessa conclusão exige, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, *in casu*, não estão evidentes, impedindo a análise por meio da via exígua do *Habeas Corpus*.

6. Consequentemente, inalterada e pena, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

7. Por fim, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, como no caso concreto, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do *quantum* de pena aplicado; ressalvada a possibilidade de fixação de regime mais brando, apenas quando verificada a possibilidade de substituição da pena. Confiram-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PATAMAR DE DE 1/3 (UM TERÇO) DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NATUREZA DA DROGA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CRIME HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DO STF E STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...).

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão de apelação a fim de estabelecer o regime inicial aberto, determinando-se ao Juízo das Execuções que avalie as condições objetivas e subjetivas para substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos (HC 180.812/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01.06.2011).

✧ ✧ ✧

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 46 DA LEI Nº 11.343/06. SEMI-IMPUTABILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. RÉU DEDICADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. SURSIS. VEDAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33 DA LEI DE TÓXICOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA.
IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

(...).

IV. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou 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 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

V. No presente caso, não é possível afastar o óbice à fixação do regime aberto, tendo em vista que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se opera, já que o ora paciente foi condenado à pena em patamar superior aos quatro anos de reclusão definido como requisito no art. 44 do Código Penal.

VI. Ordem denegada (HC 177.135/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe 16.05.2011).

8. Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, denega-se a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0027937-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 196.919 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13692007

993080222630

EM MESA

JULGADO: 28/06/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ISABEL APARECIDA ÂNGELO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.