



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.769 - SP (2010/0071914-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : MARTA RODRIGUES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em poder da paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (4.375 g de cocaína, peso líquido).
2. Este Superior Tribunal firmou entendimento no sentido de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
3. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a natureza – cocaína – e a elevada quantidade da substância entorpecente apreendida em poder da paciente.
4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Não há como substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que a paciente restou definitivamente condenada à pena de 8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

6. Evidenciada a gravidade concreta do crime cometido, em razão da natureza e da elevada quantidade da droga apreendida, mostra-se devida a continuidade da segregação cautelar da paciente para a garantia da ordem pública, especialmente em se considerando que permaneceu presa durante todo o feito.

7. Ordem denegada.

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, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 04 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.769 - SP (2010/0071914-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de **Marta Rodrigues da Silva**, apontando-se como autoridade coatora a Segunda Turma do Tribunal Regional da 3ª Região, que negou provimento à Apelação Criminal n. 2007.61.19.004138-5/SP, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou a paciente à pena de 8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que deveria ser concedido à paciente o direito de recorrer em liberdade, ressaltando que estariam ausentes quaisquer das hipóteses autorizadoras previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

Considera que, não obstante a Lei n. 11.343/2006 proíba expressamente a concessão de liberdade provisória aos acusados da prática do crime de tráfico de drogas, a Lei n. 11.464/2007, que conferiu nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072/1990, teria excluído a proibição da concessão do referido benefício, de maneira que, por se tratar de lei posterior e mais benéfica, deveria ser aplicada à paciente.

Defende que, não obstante o preceituado no art. 42 da Lei de Drogas, a pena da paciente teria sido demasiadamente exasperada na primeira etapa da dosimetria, uma vez que, segundo sustenta, não teria sido elevada a quantidade de droga apreendida em seu poder, tendo em vista outros precedentes em que se chega a capturar cerca de 100 kg de substância entorpecente.

Argumenta, outrossim, que a natureza da droga apreendida – cocaína – não revela maior potencialidade lesiva do que outros entorpecentes, como o *crack*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e o *ecstasy*.

Pondera que, na fixação da pena-base, deveriam ser sopesadas as demais circunstâncias judiciais favoráveis à paciente, como os bons antecedentes, a boa conduta social e a personalidade ajustada.

Ainda, entende que a natureza e a quantidade da droga apreendida não poderiam justificar a elevação da pena-base e, ao mesmo tempo, servir de arcabouço à diminuição da sanção em patamar inferior a 2/3 na terceira etapa da dosimetria, pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob pena de incidir-se no inadmissível *bis in idem*.

Assim, considera que, "não havendo prova de que a paciente participe de organização criminosa ou de que se dedique à prática de atividades ilícitas, e estando presentes os demais requisitos legais, não resta outra alternativa senão a aplicação do percentual máximo de diminuição da pena" (fl. 11).

Por fim, pleiteia que, sendo reduzida a pena da paciente nos moldes anteriormente propostos, proceda-se à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressaltando que estariam preenchidos todos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Requer a concessão da ordem para que seja:

- a) concedido à paciente o direito de recorrer em liberdade, determinando-se a expedição de alvará de soltura em seu favor;
- b) reduzida a pena-base;
- c) aplicada em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006;
- d) estabelecida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Dispensado o pedido de informações à autoridade tida como coatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem apenas para que fosse reduzida a pena-base imposta à paciente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.769 - SP (2010/0071914-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que a paciente foi condenada à pena de 8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 26/5/2007, foi presa em flagrante no Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos, quando tentava embarcar, pela companhia aérea *Air France*, transportando, no interior de sua bagagem, em um fundo falso, a quantidade de 4.375 g da substância entorpecente conhecida como cocaína, peso líquido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 13/14).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

Relativamente à alegada inadequação da reprimenda-base fixada à paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho do édito condenatório relativo à primeira etapa da dosimetria, *in verbis* (fls. 30/31):

Observe que, segundo o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, "o Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

[...]

Feitas essas observações preliminares, analiso as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, à luz do comando do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006. Merecem registro as seguintes circunstâncias judiciais: A) culpabilidade: ficou comprovado nos autos que o réu efetuou deliberadamente o transporte de grande quantidade de droga recebida de terceiro; B) antecedentes: o acusado não possui antecedentes criminais; C) conduta social: nada a registrar, diante da ausência de elementos; D) personalidade: nada a computar, além do desvio de caráter que levou o acusado à prática criminoso. E) motivos do crime: o motivo do crime é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abjeto, ou seja, intuito meramente financeiro em detrimento de expressivo dano à saúde pública; F) circunstâncias e consequências: a quantidade de droga apreendida (4.375 gramas de cocaína), segundo o laudo definitivo, mostra que haveria uma grande distribuição "no varejo", de forma que atingiria um número inimaginável de usuários se chegasse a seu destino final, sendo extremamente danosas as consequências para a saúde pública. Lembre-se, ademais, que o conteúdo abstrato do perigo ínsito ao crime de tráfico de entorpecente é sobremodo realçado quando se atenta para o fato de que 1,2 grama de cocaína pura é dose letal para uma pessoa que pesa 60 kg, consoante doutrina médica. Além disso, o acusado colocou em risco a sua própria vida, ao ingerir mais de noventa cápsulas contendo a droga.

Assim, com base na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, bem como o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, especialmente a quantidade e a natureza da droga, quanto ao delito do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, fixo a pena corporal base acima do mínimo legal, em 11 anos de reclusão, necessária e suficiente às finalidades de repressão, prevenção e educação do acusado. O mesmo exame deve ser utilizado para a fixação da pena de multa, observando-se que os elementos de prova indicam que seja mínima a capacidade financeira do acusado; assim, fixo a pena pecuniária base acima do mínimo legal, em 1.100 dias-multa [...]

A Corte de origem, por sua vez, manteve inalterada a pena-base irrogada à paciente, pelos argumentos a seguir expostos (fls. 118/119):

Quanto à dosimetria da pena, a apelante alega, de início, que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e, também, porque a natureza e a quantidade de droga não autorizam a exasperação.

Nesse particular, diga-se que o artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006 reza exatamente o contrário. Segundo referido dispositivo legal, a natureza e a quantidade da droga são critérios que devem ser considerados "com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal".

Não procede, igualmente, o argumento de que a ré, agindo como "mula", não tinha condições de decidir acerca da quantidade e da natureza da droga.

Com a devida vênia, ainda que se admitisse, *ad argumentandum*, que a ré não tivesse tal consciência, lembre-se de que o tipo em questão pode configurar-se mediante dolo eventual, sendo certo que só o fato de a ré ter a expectativa de receber R\$ 4.000,00 pelo transporte já bastaria para fazê-la perceber que levava expressiva quantidade de uma droga potente e cara.

De plano, cumpre salientar que, conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias pela via do *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, atinentes a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

questões objetivas, sem que haja a necessidade de incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

In casu, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória, observa-se que o Juiz sentenciante, quando da análise das circunstâncias judiciais, embora tenha feito breve menção à culpabilidade e aos motivos do crime, considerou desfavoráveis à paciente, especialmente, a natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assim determina:

Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (grifo nosso).

Com efeito, o magistrado de primeiro grau destacou que a paciente "efetuiu deliberadamente o **transporte de grande quantidade de droga recebida de terceiro**", tendo acrescentado que "**a quantidade de droga apreendida (4.375 gramas de cocaína)**", segundo o laudo definitivo, mostra que haveria **uma grande distribuição 'no varejo'**, de forma que atingiria um número inimaginável de usuários se chegasse a seu destino final" (fl. 30), o que evidencia que o Juiz sentenciante, quando da elevação da pena-base imposta à paciente, atuou em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima nesse ponto.

Ademais, ao contrário do alegado na impetração, a quantidade de substância entorpecente encontrada em poder da condenada não pode ser considerada pequena – **4.375 g de cocaína, peso líquido** –, sem se olvidar da sua nocividade, que é, sim, maior do que a de outras drogas, pois, como bem destacou o magistrado de primeiro grau, "o conteúdo abstrato do perigo ínsito ao crime de tráfico de entorpecentes é sobremodo realçado quando se atenta para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fato de que **1,2 grama de cocaína pura é dose letal para uma pessoa que pesa 60 kg, consoante doutrina médica**" (fl. 30), pelo que inviável a redução da pena-base ao mínimo legalmente previsto, como pretendido.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE GENÉRICA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

1. Não obstante a primariedade e os bons antecedentes do paciente, tem-se que a pena-base foi aplicada fundamentadamente acima do mínimo legal, **haja vista a transnacionalidade do delito, a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - 1.117,41 g de cocaína -, circunstâncias que demonstram o acentuado grau reprovabilidade de sua conduta.**

[...]

6. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 156.346/PE, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 8/9/2011)

No que tange à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Juiz sentenciante entendeu devida a incidência da fração de 1/3, pelos fundamentos a seguir aduzidos (fls. 31/33 – grifo nosso):

[...] não vislumbro que a acusada integre organização criminosa, conforme já afirmado, sendo que é primário e portador de bons antecedentes. Incide, portanto, a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, mas não em seu patamar máximo, **levando-se em consideração a quantidade da droga apreendida.**

Isto porque o comando do artigo 42 da referida lei também deve reger a dosimetria da pena nesta fase, o que não implica em *bis in idem*, pois não é razoável que um indivíduo que tenha as condições dos artigos 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei n.º 11.343/06 desfavoráveis possa, em seguida, em etapa posterior de fixação da pena, obter a redução máxima por conta do parágrafo 4º do artigo 33.

[...]

Assim, reduzo a pena de 11 anos de reclusão e pagamento de 1.100 dias-multa em um terço (1/3) [...]

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterado em 1/3 o percentual de redução de pena em questão, pelos argumentos abaixo expostos (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

119/121):

[...]

Quanto à fração de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, reclama a apelante de que faria jus à redução máxima (de 2/3), uma vez que a quantidade de droga - critério adotado pela MM. Juíza sentenciante - não pode justificar a fixação de fração menor, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*.

Nesse ponto, diga-se que a sentença estabeleceu a redução em 1/3 (um terço), ou seja, em patamar intermediário.

Diversamente do que sustenta a defesa, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido, como critérios determinadores da fração de diminuição, a quantidade e a natureza da droga. Vejam-se os seguintes julgados:

[...]

Não fosse isso, diga-se que, em casos como o da ré - em que, apesar de não integrar em caráter permanente e estável uma organização criminosa, tem consciência de que opera em favor de uma -, a fração de diminuição poderia ter sido fixada até em 1/6 (um sexto).

Deveras, tráfico dessa envergadura não se faz sem organização, sem continuidade, sem pluralidade de agentes e sem divisão de tarefas. Tudo isso é tão evidente que não há falar em tráfico esporádico, eventual ou ocasional. Aquele que se presta à condição de "mula" não desconhece isso tudo e, nas condições verificadas nestes autos - tráfico transnacional de mais de quatro quilogramas de cocaína - não pode ser beneficiado com redução expressiva da pena.

Não há falar, portanto, em vedação decorrente de *bis in idem*, pois a fração fixada acha-se justificada plenamente pela circunstância de a ré ter a consciência de exercer papel fundamental, ainda que sem permanência, no seio de uma organização criminosa.

No tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista para a redução de pena pela causa especial de diminuição em questão, este Superior Tribunal firmou entendimento no sentido de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que expressamente ordena que: "O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, consoante bem destacou a Corte de origem, na esteira do entendimento adotado por este Superior Tribunal, "a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução" (AgRg no HC n. 145.989/RJ, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 6/12/2010).

Por essas razões, "levando-se em consideração a quantidade da droga apreendida" (fl. 31), não se pode considerar ilegal a sentença condenatória no ponto em que aplicou em 1/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nem o acórdão objurgado no ponto em que, fundamentadamente, a manteve, tendo em vista que foram apreendidas 4.375 g de cocaína, peso líquido, no interior da bagagem da paciente, em um fundo falso, no momento em tentava embarcar no Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos em voo da companhia aérea *Air France*, de maneira que a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em seu poder, somadas às demais circunstâncias do caso concreto, justificam a aplicação de uma fração inferior ao máximo legalmente previsto, sobretudo porque a nocividade dessa substância entorpecente, dotada de alto poder viciante, é, sim, maior do que a de outras drogas.

Dessa forma, como bem destacou a Corte de origem, "em casos como o da ré - em que, apesar de não integrar em caráter permanente e estável uma organização criminosa, tem consciência de que opera em favor de uma -, a fração de diminuição poderia ter sido fixada até em 1/6 (um sexto)", tendo ponderado que "tráfico dessa envergadura não se faz sem organização, sem continuidade, sem pluralidade de agentes e sem divisão de tarefas", de maneira que, **"nas condições verificadas nestes autos - tráfico transnacional de mais de quatro quilogramas de cocaína -, não pode ser beneficiado com redução expressiva da pena"** (fls. 120/121), pelo que ausente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado pela via eleita nesse ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, consoante julgado do Supremo Tribunal Federal: "O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo" (STF, HC n. 105.950/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, publicado em 1º/2/2011).

Ademais, ressalte-se que, ao contrário do alegado na impetração, não há como prosperar a alegação de que caracterizaria *bis in idem* a consideração da quantidade de droga para a elevação da pena-base e para negar a incidência da fração de 2/3 de diminuição de pena na terceira etapa da dosimetria, uma vez que se trata, na verdade, apenas da utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos distintos da aplicação da pena e com finalidades diversas, objetivando a aplicação da reprimenda que se mostre a mais adequada e suficiente para a prevenção e reprovação do delito perpetrado.

Nesse sentido, confira-se recente julgado da Sexta Turma deste Tribunal:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO INSTRUMENTO. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. QUANTUM DE REDUÇÃO. PATAMAR MÍNIMO. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGAS. MENOR FRAÇÃO.

1. O legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, deixando de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e maior frações indicadas para a mitigação, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que devem ser consideradas as circunstâncias previstas no art. 59 do CP e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos.

2. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor no percentual mínimo de 1/6, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n.º 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade e a espécie de entorpecente encontrado em poder do acusado.

3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito.

4. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO.

(AgRg no Ag n. 1.403.921/MG, Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, DJe 8/9/2011)

Aliás, foi esse o entendimento do Tribunal de origem ao asseverar que "não há falar, portanto, em vedação decorrente de *bis in idem*, pois a fração fixada acha-se justificada plenamente pela circunstância de a ré ter a consciência de exercer papel fundamental, ainda que sem permanência, no seio de uma organização criminosa" (fl. 121).

Por essas razões, de rigor a manutenção em 1/3 do *quantum* de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

No que se refere à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o Juiz sentenciante entendeu inviável proceder-se à almejada permuta, pelas razões a seguir aduzidas (fl. 34):

[...]

A lei nº 11.343/06 vedou, no artigo 33, § 4º, a substituição da pena aplicada aos delitos previstos no artigo 33, *caput*, e § 1º, desse mesmo diploma legal. Não há qualquer mácula constitucional na previsão legal de vedação dessa espécie, pois o legislador penal, dentro de sua margem de discricionariedade e buscando implementar uma política criminal direcionada para crimes dessa natureza, entendeu que a substituição de pena não se revela suficiente na repressão e prevenção da prática criminosa de tráfico de entorpecentes.

Sob outra ótica, não vislumbro qualquer afronta ao princípio da individualização da pena. A sanção aplicada ao réu que pratica o tráfico de entorpecentes é personalizada a partir de diversos fatores que permeiam a conduta criminosa.

Somente no que se refere à possibilidade de substituição de pena é que a individualização esbarra na proibição legal, tendo em vista a gravidade da conduta. Antes disso, já houve uma adequação da pena às individualidades verificadas no delito, no sistema trifásico de aplicação da pena.

O Tribunal impetrado, por seu turno, manteve a negativa de substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos pelos seguintes argumentos (fl. 121):

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mantida a pena calculada em primeira instância, resta prejudicada a pretensão de ver-se declarada a inconstitucionalidade da vedação legal de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
[...]

Certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo.

Para melhor análise da questão *sub examine*, transcreve-se, por oportuno, o seguinte trecho, extraído do Informativo n. 598/STF:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente *habeas corpus* e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de *writ*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas ("Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional – v. Informativos 560, 579 e 597.

Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convolação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas.

Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o *habeas corpus*.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões constantes dos arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Mas, para a substituição da sanção privativa de liberdade por penas alternativas, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da benesse, previstos no art. 44 do Código Penal, que estabelece que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Dessa forma, na hipótese que se apresenta, mostra-se inviável proceder-se à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que a paciente restou definitivamente condenada à pena de **8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão**, superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. 1. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AUMENTO PROPORCIONAL. 2. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVOS. AUSÊNCIA. 3. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. 4. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

2. Aplicada pena superior a 4 anos e valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais, não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

[...]

4. Ordem concedida em parte para, mantendo a pena de 4 anos e 10 dias e reclusão, bem como o pagamento de 59 dias-multa, fixar o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

(HC n. 73.088/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/5/2009 – grifo nosso)

Por fim, no que se refere ao pretendido direito da paciente de recorrer em liberdade, melhor sorte não socorre a impetrante, tendo em vista a existência de elementos concretos nos autos, ensejadores da necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública, em razão da **gravidade concreta do delito cometido**, bem evidenciada pela natureza e pela elevada quantidade da droga apreendida no interior da bagagem da paciente, em um fundo falso (4.375 g de cocaína), no momento em que tentava embarcar no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP pela companhia aérea *Air France*, circunstâncias que demonstram a potencialidade lesiva da infração noticiada, a justificar a continuidade da segregação cautelar, inicialmente derivada de flagrante e agora decorrente de condenação ainda não transitada em julgado, especialmente em se considerando que a paciente permaneceu presa durante todo o feito.

Nesse norte, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.

1. Mostra-se plenamente fundamentada a manutenção da custódia provisória, já que apontados elementos concretos justificadores da medida extrema, notadamente a grande quantidade de drogas apreendidas - mais de 2 quilos de cocaína e de 16 quilos de maconha -, circunstância essa que evidencia a gravidade concreta do delito e a periculosidade social dos pacientes, ambas ensejadoras de risco à ordem pública, não havendo falar, pois, em constrangimento ilegal.

2. Ademais, os pacientes responderam a todo o processo presos, fato esse que, apesar de não ser motivo bastante para a manutenção da custódia antecipada se considerado de per si, a legitima quando aliado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outros elementos como, por exemplo, a aludida gravidade do crime. Cumpre ressaltar, por fim, que a sentença condenatória afirma ser um dos pacientes reincidente específico.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 154.077/MG. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe 8/9/2011)

Ante o exposto, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0071914-9

HC 169.769 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200761190041385

EM MESA

JULGADO: 04/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : MARTA RODRIGUES DA 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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.