



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.677 - MS (2010/0160251-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : IGNES ANGÉLICA DE ARAUJO SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na escolha do redutor no patamar de 2/5 (dois quintos), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza e a quantidade de substância entorpecente apreendida com o paciente - **29 Kg (vinte e nove quilos) de maconha**.

3. Não configura *bis in idem* a considerar a quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

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

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

2. Ordem denegada.

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

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.677 - MS (2010/0160251-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : IGNES ANGÉLICA DE ARAUJO SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em benefício de IGNES ANGÉLICA DE ARAUJO SANTOS contra acórdão da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que, julgando a Apelação Criminal nº 2010.007229-1/0000-00, interposta pelas partes, negou-lhe provimento, mantendo a sentença que condenou a paciente à pena de **3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa**, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, por estar transportando **29 kg (vinte e nove quilos) de maconha** (e-STJ fls. 28).

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, foi aplicada em fração inferior à máxima prevista, qual seja de 2/3 (dois terços), sem fundamentação idônea que justificasse a medida, apesar de a sentenciada preencher todos os requisitos necessários a sua aplicação em seu patamar mais elevado.

Argumenta que as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal bem como as constantes do art. 42 da Lei nº 11.343/2006 não poderiam ser sopesadas quando da escolha do referido redutor de pena, porquanto já teriam sido valoradas no momento da fixação da reprimenda-base, sob pena de *bis in idem*.

Ressalta que esta Corte Superior e o STF já teriam admitido a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como o regime aberto aos condenados por traficância.

Defende que o tráfico privilegiado não possuiria caráter hediondo, razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela qual a proibição da imposição de modo de execução menos severo que o fechado, prevista no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, não seria aplicável neste caso.

Requer seja aplicada a causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei de tóxicos em seu percentual máximo, bem como a fixação do regime inicial aberto.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.677 - MS (2010/0160251-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que a paciente foi condenada, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque, no **dia 16-3-2009**, foi surpreendida transportando **29 Kg (vinte nove quilos) de maconha** (e-STJ fls. 27 e 28).

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, restando ambos os recursos improvidos.

Quanto à pretendida aplicação de um redutor maior de pena na terceira etapa da dosimetria, pelo reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, cumpre destacar que, no tocante aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução pela benesse em questão, esse Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que: *"Se o legislador da Lei 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas"* (HC n.º 118.098/RS, Relator(a) JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, j. em 20/11/2008).

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: *"O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade e a conduta social do agente".

Assim, na esteira do firme entendimento sufragado no âmbito desta Quinta Turma, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução (HC n.º 127.247/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, QUINTA TURMA, DJe 26-10-2009).

Relativamente ao *quantum* de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o juiz sentenciante, baseado numa detida análise de todas as circunstâncias judiciais, fixou em **2/5 (dois quintos)** a fração de redução da pena (e-STJ fls. 72).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve a fração de redução imposta no édito condenatório, sob a seguinte fundamentação:

[...] segundo se denota da decisão a quo (à f. 101-13), percebe-se, claramente, que o Magistrado atendeu criteriosamente às disposições contidas nos arts. 42 da Lei 11.343/2006, e 59 do Código Penal, não diminuindo a pena em seu grau máximo diante da grande quantidade de droga que era transportada pela acusada.

De fato, a quantidade e a natureza da droga devem influenciar no percentual a ser utilizado na minoração da pena, pela aplicação da causa de diminuição da pena, pela aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Veja-se, nesse sentido, a lição do doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

"Critérios para a diminuição da pena: o legislador não estipulou quais seriam apenas mencionando dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. cremos que, como sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: 'o juiz, na fixação das penas considerará, com preponderância sobre o art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade das substâncias ou produto, a personalidade e a conduta social do agente.' [...].

No caso em tela, muito embora a conduta social e personalidade da requerente não tenham se revelado desajustadas, foi grande a quantidade da droga apreendida, razão pela qual o patamar de 2/5 na diminuição da pena, como referido, deve permanecer inalterado (e-STJ fls. 108).

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que manteve em 2/5 (dois quinto) o *quantum* de redução de pena insculpido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista a considerável quantidade de droga apreendida - **29 kg (vinte nove quilos) de maconha** - justificam a aplicação de fração da redução no patamar estabelecido.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PATAMAR DE 1/2 (METADE). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS 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. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade da droga apreendida - 14 porções de crack -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo.

4. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

6. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

(HC 162.106/MG, Rel. MIN. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 10/10/2011)

Apenas ressalte-se que, ao contrário do afirmado na impetração, não se pode dizer que implica *bis in idem* a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

1. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n. 1.069.767/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009). (Grifos próprios).

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado à sentenciada, o magistrado sentenciante determinou a imposição do modo inicialmente fechado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07, entendimento que foi ratificado pelo Tribunal a quo (e-STJ fls. 109) .

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção da paciente tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restou condenado **ocorreu em 16-3-2009** (e-STJ fl. 27), após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007, que entrou em vigor no dia 29-3-2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

[...]

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

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

Ainda, o seguinte precedente da Suprema Corte:

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

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

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

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

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0160251-1

HC 183.677 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 19090015094 20100072291

EM MESA

JULGADO: 02/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : IGNES ANGÉLICA DE ARAUJO SANTOS (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

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

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