



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.636 - ES (2010/0173029-5)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : EVELINE ASCENCIO GALDIN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ROBERTO ALVES CLIMACO FILHO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **1.** APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO (UM QUARTO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. **2.** REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. **3.** SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **4.** ORDEM DENEGADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade de droga apreendida autoriza a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

2. No caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 4 anos (diga-se, 3 anos e 9 meses de reclusão), levando em conta a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente (6 pedras de crack), circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

3. Pelos mesmos motivos ora expostos, não me parece viável a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos.

4. Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.636 - ES (2010/0173029-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Roberto Alves Climaco Filho, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, **caput**, e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, por ter sido surpreendido com 6 pedras de crack.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante a Corte Estadual, o qual foi denegado.

Não havendo interposição de recurso de apelação pelas partes, o trânsito em julgado ocorreu em 10/08/2009, para o Ministério Público e, em 11/12/2009, para o paciente.

Daí o **mandamus**, em que o impetrante alega que o magistrado sentenciante aplicou o benefício do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no patamar de **1/4 (um quarto)**, e não na maior fração prevista em lei, “sem que houvesse qualquer fundamento legal a justificar” (fl. 4).

Afirma que, aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o tráfico passa a ser privilegiado, possibilitando a fixação do regime aberto.

Alega, ainda, que é o caso de aplicação do enunciado 440 deste Tribunal, porquanto a pena-base do paciente foi fixada no mínimo legal.

Sustenta, por fim, que o paciente faz jus à substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, uma vez que é primário, possui bons antecedentes e preenche os requisitos para a benesse.

A liminar foi indeferida pelo antigo relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à fl. 71.

Instada a se manifestar, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela parcial concessão da ordem, para que os autos sejam encaminhados ao Juízo das Execuções para apreciar o preenchimento dos requisitos para substituição da pena (fls. 80/94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.636 - ES (2010/0173029-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Busca o impetrante, inicialmente, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), a fixação do regime aberto para o desconto da reprimenda corporal, bem como sua substituição por restritivas de direitos.

Sempre nos lembrou Pontes de Miranda a importância do **habeas corpus**, isso em decorrência de toda matéria a que o instituto se refere, isto é, a liberdade de ir, ficar e vir. O só ajuizamento da ação penal condenatória já é suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal. Dessa forma, tem-se utilizado, não sem razão, do **writ** a fim de se garantir a efetividade do direito fundamental à liberdade e combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder.

Ocorre que o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

O **habeas corpus** presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionadas à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, conheço da presente impetração e passo a análise dos pedidos formulados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na inicial.

Confira-se o que disse o Magistrado de primeiro grau ao aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (fl. 44):

Inexiste circunstância agravante; tomando como norteador os artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, ciente da intensa culpabilidade do réu, já expressada na análise das circunstâncias judiciais, bem como levando em consideração a natureza e quantidade da droga, aplico a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, à razão de 1/4 (um quarto).

No julgamento do **writ** originário, o Tribunal **a quo** manteve a condenação do paciente, nos termos da seguinte ementa (fl. 58):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA FECHADO. CRIME POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. GRAU DE REDUÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA. RECURSO DESPROVIDO.

1- Comprovada a autoria e materialidade do crime de tráfico de entorpecentes cometido após a vigência da Lei 11.464/07, que, dentre várias modificações, trouxe nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, torna-se obrigatório o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado. Precedentes do STJ.

2- A Lei nº 11.343/06, em seu artigo 44, rechaçou, de forma expressa, a possibilidade da substituição das penas restritivas de liberdade pelas restritivas de direito nos crimes de tráfico de drogas, encerrando uma discussão que dividia a jurisprudência pátria. O legislador ordinário ao proibir tal substituição, baseou-se na presunção absoluta de periculosidade do traficante, entendendo que esta conversão não seria a forma adequada para a prevenção e combate desse crime, além de não ser socialmente recomendável.

3- É assente que, no momento de fixar o **quantum** a ser reduzido na causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06, o julgador deve levar em conta, no caso específico de delito de tráfico de drogas, além das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, os elementos dispostos no artigo 42 da Lei 11.343/06. Este último dispositivo legal determina que o juiz, ao aplicar a pena, deverá considerar a natureza e a quantidade da substância ou produto, a personalidade e a conduta social do agente com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4- Ordem denegada.

Como vimos, o magistrado sentenciante, ao conceder o benefício da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, deixou de aplicá-lo em seu patamar máximo devido à natureza e quantidade da droga apreendida, fundamento que, à luz do art. 42 do mesmo diploma legal, autorizam a aplicação do redutor em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

Dessa forma, a meu sentir, mostra-se perfeitamente possível a incidência da minorante em patamar inferior ao máximo previsto na Lei nº 11.343/2006 amparada na quantidade da droga, sem que isso implique constrangimento ilegal a ser reparado em sede de **habeas corpus**.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

A - HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO 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 JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, 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, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. 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 determinação do grau de redução 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 natureza da substância apreendida - 11 (onze) "tubetes" de "cocaína" - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

5. Na hipótese dos autos, contudo, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da natureza da droga apreendida, razão pela qual deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

6. Ordem denegada. (HC nº 203.626/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 14/10/2011)

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

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

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

3. A busca do lucro fácil pelo autor do crime de tráfico de drogas é inerente ao próprio tipo penal violado, não podendo tal circunstância ser valorada negativamente no momento da aplicação da reprimenda básica.

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

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. **BIS IN IDEM.** INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), por força do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto, bem como a elevada quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com a paciente - mais de 3 quilos de 'cocaína' -, cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

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 aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

[...]

3. **Habeas corpus** parcialmente concedido, apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 730 (setecentos e trinta) dias-multa, mantidos, no mais a sentença condenatória e o aresto objurgado. (HC 162.376/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 2/9/2011.)

Melhor sorte não assiste ao impetrante quanto ao pleito de fixação de regime prisional aberto para o desconto da reprimenda imposta ao paciente.

Independentemente da discussão sobre o fato de que com a aplicação da minorante inserida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, configura-se o tráfico privilegiado, autorizando a aplicação de regime prisional diverso do fechado, o fato é que, no caso, o regime mais gravoso se mostra adequado.

Isso porque, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 4 anos (diga-se, 3 anos e 9 meses de reclusão), o regime mais gravoso se torna adequado, levando em conta a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente (6 pedras de crack), circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelos mesmos motivos ora expostos, não me parece viável a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos.

Não destoaria desse entendimento a jurisprudência desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes do STJ e do STF.

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga - recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

5. Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada. (HC nº 182.316/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011)

Assim, não se mostrou irregular a atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual não diviso o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0173029-5

HC 185.636 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100100017373 24090034059 62962009

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: EVELINE ASCENCIO GALDIN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: ROBERTO ALVES CLIMACO FILHO (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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.