



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.315 - SP (2010/0178211-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JOÃO HENRIQUE IMPERIA MARTINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ALMEIDA DE CARVALHO (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. NATUREZA E 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 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza, a diversidade e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

3. Não configura *bis in idem* considerar a 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 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 186.315 - SP (2010/0178211-2)

IMPETRANTE : JOÃO HENRIQUE IMPERIA MARTINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ALMEIDA DE CARVALHO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de FERNANDO ALMEIDA DE CARVALHO contra acórdão da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal n.º 990.10.118078-2, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de **3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput e § 4º, c/c art. 40, VI, ambos da Lei n.º 11.343/06**, por trazer consigo, para fins de traficância 18 (dezoito) porções de cocaína, 6 (seis) porções de *crack* e 6 (seis) porções de maconha (e-STJ fls. 28).

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a quantidade e a diversidade de drogas não poderiam servir de fundamento para se determinar o *quantum* de redução pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que não foram previstos no ordenamento jurídico como parâmetros de diminuição, salientando que entendimento diverso importaria em violação aos princípios da ampla defesa e da legalidade.

Defende que a natureza e quantidade de entorpecentes devem ser apreciados na primeira fase de aplicação da pena, conforme determinação do art. 42 da Lei Antitóxicos, razão pela qual não poderiam ser ponderados também na terceira etapa da dosimetria, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

Alega que o sentenciado faz jus ao regime aberto de execução, haja vista ser primário, ter sido o fato praticado quando era menor de 21 (vinte e um) anos de idade, ter sido a pena-base fixada no mínimo legal e ser a sanção firmada abaixo de 4 (quatro) anos de reclusão.

Aduz que a gravidade abstrata do delito não seria motivo suficiente para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação do regime inicial mais gravoso, conforme as disposições das Súmulas ns. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte Superior de Justiça.

Observa que o apenado encontra-se custodiado desde 25-7-2009.

Requeru, liminarmente, a concessão da ordem constitucional para que pudesse o paciente aguardar em liberdade o julgamento final do presente *mandamus*. No mérito, pugna para que seja aplicada a causa de diminuição de pena no *quantum* de 2/3 (dois terços) e fixado o regime aberto para o resgate inicial da reprimenda imposta.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.315 - SP (2010/0178211-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, c/c art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, porque no dia 25-7-2009, trazia consigo, para fins de tráfico, a quantidade de **18 (dezoito) porções de cocaína, 6 (seis) porções de crack e 6 (seis) porções de maconha** (e-STJ fls. 28).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento.

Relativamente ao *quantum* de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o juiz sentenciante fixou em 1/3 (um terço) a fração de redução da pena, sob a seguinte fundamentação:

*[...] Cabível, entretanto, a redução da pena nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois o réu é primário e não consta estar comprometido com organização criminosa. Desta forma, reduzo as penas ora impostas de 1/3, o que implica apenamento definitivo de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, no piso legal. **A redução aplicada foi somente de 1/3 e não de 1/6, pois o réu tinha em seu poder quase duas dúzias de porções de cocaína em pó, além de porções de crack, entorpecentes de elevado poder viciante** (e-STJ fls. 25).*

A Corte impetrada, por sua vez, manteve a fração de redução imposta no édito condenatório, ressaltando que o patamar utilizado pelo magistrado de primeiro grau já teria beneficiado demasiadamente o acusado, o qual não faria jus a qualquer minoração na pena. Acrescentando, ainda, que "o acusado revela acentuada periculosidade, na medida em que trazia consigo numérário e quantidade razoável de cocaína e 'crack', em porções unitárias, em porções unitárias e voltadas mesmo ao nefasto comércio, com a nota de que ele, para a obtenção de seu espúrio desiderato, valia-se, inclusive, de adolescente" (e-STJ fls. 32 e 33).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução da reprimenda pela causa especial em questão, esse Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que: *"Se o legislador da Lei n.º 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, julgado em 20/11/2008, DJe 9-12-2008).

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 personalidade e a conduta social do agente"*.

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que manteve em 1/3 (um terço) o *quantum* de redução de pena insculpido no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que a natureza, a diversidade e a quantidade de droga apreendida - **18 (dezoito) porções de cocaína, 6 (seis) porções de crack e 6 (seis) porções de maconha** - justificam a aplicação de fração da redução no patamar estabelecido, sobretudo em razão do potencial altamente lesivo dos entorpecentes apreendidos e o fato de o crime ter sido perpetrado na companhia de menor inimputável.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. 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 variedade e a quantidade das substâncias apreendidas - 65,71g de "maconha" e 16,56g de "merla" - justificam 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 Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o Paciente, conforme observado na sentença condenatória, não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal. Precedente.

6. Ordem denegada.

(HC 178.964/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 22/08/2011 - destacamos)

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ao sentenciado, o magistrado sentenciante determinou a imposição do modo inicialmente fechado para o resgate da reprimenda, entendimento que foi ratificado pelo Tribunal *a quo*.

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção do 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 25-7-2009** (e-STJ fls. 13), 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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 evidenciada a apontada ilegalidade, denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0178211-2

HC 186.315 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12402009 50090586433 990101180782

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 : JOÃO HENRIQUE IMPERIA MARTINI - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FERNANDO ALMEIDA DE CARVALHO (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.