



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.777 - SP (2012/0078393-3)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISAC FERNANDES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA RECOMENDÁVEL

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 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 e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. No caso, a instância ordinária, a partir da análise de elementos concretos contidos nos autos, aplicou a causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (metade), valendo-se, para tanto, de suficiente fundamentação.

3. Para concluir em sentido diverso, infirmo-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. Quanto à substituição da pena privativa por restritivas de direito, mesmo não tendo a reprimenda alcançado 4 (quatro) anos de reclusão, entendo que as circunstâncias do caso – presença da causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 e considerável quantidade do entorpecente – não recomendam o deferimento do benefício.

5. De outra parte, esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal firmaram entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime mais brando aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

6. No caso, as instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos contidos nos autos, à luz dos critérios estabelecidos nos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, visto que fundamentaram a fixação do regime fechado na hediondez do delito.

7. Assim, compete ao Juízo **a quo** reavaliar, em dados concretos, a possibilidade de aplicação de regime diverso do fechado.

8. Ordem parcialmente concedida, tão somente para que o Tribunal de origem ou o Juiz da Execução Penal – a depender a existência ou não do trânsito em julgado – reavalie a eventual aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 02 de agosto de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.777 - SP (2012/0078393-3)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Isac Fernandes, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Segundo consta dos autos, o ora paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, **caput**, c.c. o art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06.

Em sede de apelação, o Tribunal bandeirante negou provimento ao apelo defensivo e acolheu em parte o recurso ministerial para estabelecer a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em 1/2 (metade), elevando a reprimenda para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Daí o presente *writ*, em que se alega constrangimento ilegal pela não aplicação do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu coeficiente máximo.

Sustenta-se, ainda, a possibilidade de fixação de regime menos gravoso, bem como da substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às e-fls. 24/25.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.777 - SP (2012/0078393-3)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): O paciente, acusado de tráfico de entorpecentes, foi preso em flagrante, parado a uma distância de 50 metros do portão de entrada da Penitenciária de Pinheiros, trazendo consigo, 5 (cinco) tijolos de maconha, pesando 289,3 g (duzentos e oitenta e nove gramas e três decigramas).

A pena corporal foi inicialmente arbitrada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão. O Tribunal **a quo**, ao dar parcial provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, o aplicou a causa de diminuição de pena no **quantum** de 1/2 (metade), fixando a sanção em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.

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.

No caso ora em análise, a instância ordinária, verificando o preenchimento dos requisitos previstos no dispositivo acima citado, aplicou a minorante, fazendo incidir, no entanto, percentual inferior ao máximo permitido, que é de 2/3 (dois terços).

Para tanto, valeu-se de efetiva fundamentação, atentando-se às peculiaridades do caso, bem assim os ditames do critério trifásico de aplicação da pena e observando a regra prevista no art. 42 da Lei Antidrogas. Assim, inexistente o constrangimento ilegal apontado na impetração.

Ressalte-se que para se 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**.

Nesse sentido:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. 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.**

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº

11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. **Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.**

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJe de 11.10.2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESSADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho este julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

Dito isso, fica preservada a pena nos patamares impostos pela instância ordinária.

Quanto à substituição da pena privativa por restritivas de direito, mesmo não tendo a reprimenda alcançado 4 (quatro) anos de reclusão, entendo que as circunstâncias do caso – presença da causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 e considerável quantidade do entorpecente – não recomendam o deferimento do benefício.

Por fim, no que diz respeito ao regime prisional, por ocasião do julgamento do HC 167.849/MG, sessão do dia 25/5/2010, salientei que, com a edição da Lei 11.464, de 2007, que modificou a redação da Lei 8.072, de 1990, derogando a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.

A lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo, isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.

Nesse sentido, verifiquem-se os precedentes (HC 130.113/SC, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Nilson Naves, e HC 154.570/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura).

No caso, as instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos contidos nos autos, à luz dos critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, visto que fundamentaram a fixação do regime fechado, unicamente, na hediondez do crime de tráfico de entorpecentes.

Assim, compete ao Juízo **a quo** reavaliar, em dados concretos, a possibilidade de aplicação de regime diverso do fechado.

À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem tão somente para que o Tribunal de origem ou o Juiz da Execução Penal – a depender a existência ou não do trânsito em julgado – reavalie a eventual aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0078393-3

HC 239.777 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16252010 50100750206 75020952010260050

EM MESA

JULGADO: 02/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ISAC FERNANDES (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, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.