



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 243.539 - MT (2012/0106591-2)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : **CRISTIAN RIVERO OLIVEIRA (PRESO)**
ADVOGADO : **EDUARDO FLORES VIEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO**
AGRAVADO : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. **1.** TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (500 g DE PASTA BASE DE COCAÍNA). **2.** RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC n.º 97.256/RS, admitiu a possibilidade de substituição, como também de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena, medida que seria compatível com a benesse concedida.

2. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, ainda que a pena tenha sido fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 9 (nove) dias de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a fixação do regime prisional mais brando não se mostram adequadas, haja vista a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente (500g de pasta-base de cocaína). Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 243.539 - MT (2012/0106591-2)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de agravo regimental interposto por Cristian Rivero Oliveira, por intermédio da Defensoria Pública da União, contra a decisão monocrática proferida nos seguintes termos (fls. 272/276):

*Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Cristian Rivero Oliveira, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.*

Consta dos autos que no dia 12/5/2009 o paciente foi preso após ter transposto a fronteira brasileira com a Bolívia, transportando consigo 500 g (quinhentos gramas) de pasta base de cocaína.

*Após o transcurso da instrução criminal foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, c/c o art. 40, I, da Lei n.º 11.343/06, negado o apelo em liberdade.*

Dessa decisão a defesa apelou e a Terceira Turma do Tribunal Regional deu parcial provimento ao apelo, para aplicar a causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º em seu patamar máximo e, assim, fixar a pena em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 9 (nove) dias de reclusão e ao pagamento de 196 (cento e noventa e seis) dias-multa.

Daí a presente impetração em que se pleiteia, em síntese:

a) a aplicação das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea (art. 35, I e III, do Código Penal);

b) a substituição “da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, para que o paciente possa apelar em liberdade” (fl. 12).

Sem pedido de liminar, as informações foram prestadas às fls. 242, 244 e 246/258.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 262/270, pela denegação da ordem.

Brevemente relatado, decido.

Inicialmente, constata-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Por este motivo, deixaram de ser aplicadas as atenuantes de menoridade e confissão espontânea. O acórdão está a salvo de censura no ponto, já que, fixada no patamar mínimo, a sanção não pode ser reduzida nesta fase da dosimetria, de acordo com o disposto no enunciado nº 231 da Súmula desta Corte: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abaixo do mínimo legal".

No mais, não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC n.º 97.256/RS, admitiu a possibilidade de substituição, como também de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena, medida que seria compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.

Entretanto, no caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo que a pena tenha sido fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 9 (nove) dias de reclusão, a substituição não se mostra adequada, haja vista a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente.

Nesse sentido, o entendimento da 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)*

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. COAÇÃO NÃO PATENTEADA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da 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 n. 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a expressiva quantidade de droga apreendida - 73,55 quilos de maconha -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

NARCOTRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. 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, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de ½ (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a elevada quantidade de substância entorpecente apreendida com o paciente.

3. Não há **bis in idem** na 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.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DA EXECUÇÃO DE PARTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Supremo Tribunal Federal, da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, e a suspensão da execução, pelo Senado Federal, de parte do art. 33, § 4º, da citada lei, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Inviável acoimar-se de ilegal o acórdão no ponto em que manteve o indeferimento da permuta quando, a despeito do preenchimento do requisito objetivo - pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão -, o agente não preenchia os subjetivos.

3. A gravidade da conduta delituosa perpetrada, revelada pela quantidade de substância tóxica apreendida, demonstra que, na espécie, a não conversão da sanção reclusiva se encontrava justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE MATERIAL TÓXICO. GRAVIDADE CONCRETA. MODO MAIS SEVERO ACERTADO. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de delitos deve ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Evidenciada a gravidade concreta da conduta criminosa, dada a elevada quantidade de entorpecente encontrado em poder do agente, não há ilegalidade na imposição do modo inicial fechado para o resgate da reprimenda, embora definitivamente dosada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

4. Habeas corpus denegado.

*(HC 214.740/MS, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 15/8/2012).*

Assim, não se divisa constrangimento ilegal na espécie.

*Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XI, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, nego seguimento ao presente **habeas corpus***

Publique-se.

Intime-se.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega o agravante que “o recorrente é tecnicamente primário, ostenta bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa. Logo, não é idôneo para afastar a substituição da pena e o regime mais brando a qualificação negativa pela natureza e a quantidade de droga se as mesmas não foram consideradas aptas para afastar a aplicação do máximo de redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006” (fl. 287).

Diante disso, pleiteia a reforma da decisão monocrática, para conceder a ordem de **habeas corpus**, possibilitando ao agravante a substituição da pena aplicada por restritiva de direitos e a fixação de regime mais brando ao fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 243.539 - MT (2012/0106591-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE(RELATOR):

A insurgência não merece prosperar.

Não obstante a afirmação de que “o recorrente é tecnicamente primário, ostenta bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa. Logo, não é idôneo para afastar a substituição da pena e o regime mais brando a qualificação negativa pela natureza e a quantidade de droga se as mesmas não foram consideradas aptas para afastar a aplicação do máximo de redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006” (fl. 287), - entendo que o paciente não faria jus à causa especial de diminuição de pena, uma vez que a natureza e quantidade de droga também podem servir como fundamento para afastar sua aplicação. Aqui, trata-se de tráfico internacional e de expressiva quantidade de pasta base de cocaína, apta a atingir um amplo espectro de usuários. Todavia, a modificação da dosimetria nesta parte, na via do **habeas corpus** impetrado pela defesa, acarretaria **reformatio in pejus**.

Por esta razão, nada há que se modificar em relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, nada obstante a pena imposta ao paciente ser inferior a 4 (quatro) anos, a substituição é medida que se mostra inadequada, também levando em conta a quantidade e a natureza da droga apreendida - 500 (quinhentos) gramas de pasta base de cocaína – encontrados em poder do paciente, quanto tentava transpor a fronteira nacional.

Não destoa desse entendimento a jurisprudência deste Tribunal:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).*

Também não assiste razão ao recurso quanto ao pleito de fixação de regime prisional menos rigoroso para o desconto da reprimenda imposta ao paciente.

Nada obstante seja previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, o certo é que a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, reconhecida pelo STF a possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, nas penas inferiores a 4 anos de reclusão, este Tribunal Superior tem entendido ser razoável a adequação do regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Entretanto, no caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, o regime mais rigoroso é o adequado, levando em consideração o mesmo fundamento, quais sejam, a quantidade e a natureza da droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

2. Fixado no acórdão da apelação, com base nos fatos, que a paciente se dedica à atividade criminosa, é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

3. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação de regime inicial diferente do fechado e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essas benesses não se mostram razoáveis.

4. Condenado o ora paciente a 5 anos de reclusão, por tráfico de 88 (oitenta e oito) porções de cocaína, num total líquido de 74,8 gramas, o regime mais adequado é o fechado.

5. Assim também, pelo mesmo raciocínio, não se mostra razoável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada.

(HC nº 194.876, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 27/2/2012).

Ante o exposto, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0106591-2

AgRg no
HC 243.539 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 19721820114013601

EM MESA

JULGADO: 04/10/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DANILO DE ALMEIDA MARTINS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : CRISTIAN RIVERO OLIVEIRA (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CRISTIAN RIVERO OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : EDUARDO FLORES VIEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.