



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.907 - ES (2010/0106459-8)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : EDILSON LOZER JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : CARLOS AUGUSTO BATISTA MARTINS (PRESO)
ADVOGADA : TATIANA SIQUEIRA LEMOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 416 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 1/6 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA (3 PEDRAS DE CRACK, 42 BUCHAS E 1 TABLETE DE MACONHA - TOTALIZANDO MAIS DE 100 GRAMAS) E CONDUTA SOCIAL (EXERCÍCIO DA PRÁTICA DELITIVA COMO MEIO DE SOBREVIVÊNCIA). ART. 42 DA LEI 11.343/06. PRECEDENTES. DELITO OCORRIDO APÓS A VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO PARA A CONCESSÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas) permite a redução da pena de 1/6 até 2/3 para o condenado por tráfico, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em penas restritivas de direito.

2. Embora o paciente seja tecnicamente primário, a quantidade e o tipo da droga apreendida, bem como a conduta social (exercício da prática delitiva como meio de sobrevivência) justificam a diminuição em 1/6, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

3. Os fatos que ensejaram a propositura da ação penal ocorreram em 21.01.2008, ou seja, após a vigência da Lei 11.464/07, que, para todos os condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, impõe a fixação do regime inicial fechado.

4. Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que o paciente não possui o requisito objetivo necessário a fim de obter a concessão da substituição da pena por restritiva de direitos, posto que a pena aplicada foi superior a 4 anos.

5. Parecer ministerial pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília/DF, 07 de abril de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.907 - ES (2010/0106459-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : EDILSON LOZER JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : CARLOS AUGUSTO BATISTA MARTINS (PRESO)
ADVOGADA : TATIANA SIQUEIRA LEMOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

1. Cuida-se de *Habeas Corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de CARLOS AUGUSTO BATISTA MARTINS, denunciado e condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06), em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio TJES, que negou provimento ao Apelo defensivo, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TRÁFICO PRIVILEGIADO E DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO DESPROVIDO.

I - Não discuto que o denominado tráfico privilegiado merece resposta penal menos gravosa exatamente porque considera-se que o agente se envolveu ocasionalmente com esta espécie delitiva, não é reincidente, não ostenta maus antecedentes, não se vincula a qualquer organização criminosa e não faz da prática do tráfico o seu meio de vida, não está a usufruir, costumeiramente, dos lucros desta atividade ilícita.

II - No caso, não vejo como aumentar os limites da redução da pena, por dois motivos, quais sejam: a grande quantidade de entorpecente apreendido, que chegou a mais de cem gramas, e pelo fato do apelante confessar, deliberadamente, que vendia o entorpecente como meio de subsistência (fl. 12). A confissão do apelante no sentido de que vendia o entorpecente de forma habitual tem o condão de impedir não só o aumento do patamar de redução, como também o próprio reconhecimento da causa de diminuição da pena, fato não observado pela Magistrada singular.

III - A conduta praticada pelo apelante não se subsume à prevista para a aplicação do art. 41 da Lei 11.343/06, ao contrário do que quer fazer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crer; isso porque, a previsão formulada nesse artigo traz a figura da delação premiada, somente sendo possível a sua incidência quando, na prática de qualquer dos delitos previstos na Lei 11.343/06, o agente perpetrar a conduta em concurso de pessoas, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

IV - Recurso a que se nega provimento (fls. 24/25).

2. Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado por infração à norma do art. 33, *caput* da Lei 11.343/06 (tráfico de drogas), à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 416 dias-multa.

3. Pretende a impetração, em síntese, (a) a aplicação, no seu máximo, do redutor previsto no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, (b) a fixação do regime aberto para o início de cumprimento da pena (c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Indeferida a liminar (fls. 43/44) e prestada as informações (fls. 58/73).

5. O MPF, em parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República LINDÔRA MARIA ARAUJO, manifestou-se pela denegação da ordem, porquanto inviável a aplicação no grau máximo da causa de diminuição de pena (art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06) em virtude da natureza e quantidade de droga apreendida (fls. 73/75). Ademais, com o advento da Lei 11.464/2007, o cumprimento da pena para o tráfico de drogas é cumprido inicialmente em regime fechado, bem como o paciente não preenche os requisitos previsto no art. 44 do CPB para a substituição da pena por restritiva de direitos

6. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.907 - ES (2010/0106459-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : EDILSON LOZER JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : CARLOS AUGUSTO BATISTA MARTINS (PRESO)
ADVOGADA : TATIANA SIQUEIRA LEMOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 416 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 1/6 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA (3 PEDRAS DE CRACK, 42 BUCHAS E 1 TABLETE DE MACONHA - TOTALIZANDO MAIS DE 100 GRAMAS) E CONDUTA SOCIAL (EXERCÍCIO DA PRÁTICA DELITIVA COMO MEIO DE SOBREVIVÊNCIA). ART. 42 DA LEI 11.343/06. PRECEDENTES. DELITO OCORRIDO APÓS A VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO PARA A CONCESSÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas) permite a redução da pena de 1/6 até 2/3 para o condenado por tráfico, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em penas restritivas de direito.

2. Embora o paciente seja tecnicamente primário, a quantidade e o tipo da droga apreendida, bem como a conduta social (exercício da prática delitiva como meio de sobrevivência) justificam a diminuição em 1/6, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

3. Os fatos que ensejaram a propositura da ação penal ocorreram em 21.01.2008, ou seja, após a vigência da Lei 11.464/07, que, para todos os condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impõe a fixação do regime inicial fechado.

4. *Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que o paciente não possui o requisito objetivo necessário a fim de obter a concessão da substituição da pena por restritiva de direitos, posto que a pena aplicada foi superior a 4 anos.*

5. *Parecer ministerial pela denegação da ordem.*

6. *Ordem denegada.*

1. Alega-se na presente impetração, em síntese, a possibilidade de incremento da fração redutora prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, uma vez que o paciente preenche os requisitos legais. Requer-se, ainda, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. Referente à aplicação da redutora prevista no art. 33, 4o., da Lei 11. 343/06, confira-se, no que interessa, o asseverado pelo Tribunal *a quo*:

Não discuto que o denominado tráfico privilegiado merece resposta penal menos gravosa exatamente porque considera-se que o agente se envolveu ocasionalmente com esta espécie delitiva, não é reincidente, não ostenta maus antecedentes, não se vincula a qualquer organização criminosa e não faz prática do tráfico o seu meio de vida, não está a usufruir, costumeiramente, dos lucros desta atividade ilícita.

No caso, não vejo como aumentar os limites da redução da pena, por dois motivos, quais sejam: a grande quantidade de entorpecente apreendido, que chegou a mais de cem gramas, e pelo fato do apelante confessar, deliberadamente, que vendia o entorpecente como meio de subsistência.

Sei que não há interposição de recurso por parte do Ministério Público; ocorre que, a meu sentir, a confissão do apelante no sentido de que vendia o entorpecente de forma habitual tem o condão de impedir não só o aumento do patamar de redução, como também o próprio reconhecimento da causa de diminuição da pena, fato não observado pela Magistrada singular.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, na atual conjuntura, entendo que a aplicação do percentual de redução em 1/6 mostra-se proporcional à necessária reprovação e coibição do tráfico ilícito de entorpecentes (fls. 28/29).

3. Na hipótese, está justificado o percentual de 1/6 para a diminuição da pena, por força do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, sendo perfeitamente possível a utilização da quantidade e da qualidade da droga, bem como da conduta social (o exercício da prática delitiva como meio de subsistência) para tal balizamento. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA.

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 do mesmo diploma legal.

2. Na espécie, embora não seja expressiva a quantidade da droga, a natureza das substâncias apreendidas milita em desfavor do Paciente. Assim, considerando o fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, faz jus o Paciente ao grau intermediário de redução, qual seja: 1/2.

3. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, tão-somente, no que diz respeito à dosimetria da pena, que fica quantificada em 02 anos e 06 meses de reclusão, e 250 dias-multa. (HC 134.249/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 14.09.09).

✧ ✧ ✧

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO PARA DEFINIR A QUANTIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO (FATO ANTERIOR À LEI 11.464/07). REGIME PRISIONAL ABERTO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECLARADA PELO STF.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

II - No caso concreto, revela-se correta a decisão que, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes e que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, aplicou a causa de diminuição de pena no percentual de 1/6 (um sexto), diante da quantidade de droga apreendida (sessenta e cinco pequenos tabletes de maconha).

III - O c. Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

IV - Assim, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o condenado, por crime hediondo ou equiparado, cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto (Precedentes). Habeas corpus parcialmente concedido. (HC 122.106/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 22.06.09).

4. No que diz respeito ao regime prisional eleito para o início do cumprimento da reprimenda, cumpre esclarecer que os fatos que ensejaram a propositura da ação penal ocorreram em 21.01.2008 (fls. 16), ou seja, após a vigência da Lei 11.464/07, que, alterando a Lei 8.072/90, impôs o regime fechado como o inicial para todos os condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, independentemente do *quantum* de pena aplicado.

5. Dest'arte, o aresto hostilizado, ao eleger o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena imposta aos pacientes, nada mais fez do que seguir expressa determinação legal (art. 20., § 1o. da Lei 8.072/90).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que o paciente não possui os requisitos necessários a fim de obter a concessão da substituição da pena por restritiva de direitos, posto que a pena aplicada foi superior a 4 anos. O CPB ao tratar a questão prescreve da seguinte maneira a questão (art. 44, inciso I do CPB): *As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.* Destarte, ausente o requisito objetivo para permitir tal benefício.

7. Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, denega-se a ordem.

8. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0106459-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 175.907 / ES

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 222201001203 35080009273

EM MESA

JULGADO: 15/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: EDILSON LOZER JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: CARLOS AUGUSTO BATISTA MARTINS (PRESO)
ADVOGADA	: TATIANA SIQUEIRA LEMOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator denegando a ordem, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Gilson Dipp, pediu vista o Sr. Ministro Jorge Mussi".

Aguardam os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz.

Brasília, 15 de fevereiro de 2011

LAURO ROCHA REIS
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.907 - ES (2010/0106459-8)

VOTO-VISTA

O EXMO. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de provimento liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de CARLOS AUGUSTO BATISTA MARTINS contra aresto da Segunda Câmara Criminal Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que negou provimento à Apelação Criminal n. 35080009273, lá interpostas pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Defende a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, aduzindo que a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar mínimo não foi devidamente motivada.

Pondera haver desproporcionalidade na aplicação da reprimenda, pois "*se as circunstâncias judiciais foram favoráveis para justificar a fixação da pena-base perto do mínimo legal, também o deve ser para autorizar a redução [...] em fração próxima ao máximo permitido em lei*" (fls. 6), salientando que, esse fato - circunstâncias judiciais quase todas favoráveis - e a quantidade de droga encontrada em poder do paciente, justificariam a aplicação do redutor no patamar máximo legalmente previsto - 2/3.

Assevera, outrossim, que uma vez reduzida a pena em função da aplicação da citada causa de diminuição em seu grau máximo, seria viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos termos de julgado recente do Supremo Tribunal Federal possibilitando a permuta.

Por fim, alega que o regime inicial de cumprimento da pena deve ser fixado nos termos do que preconiza o art. 33 do Código Penal, reivindicando o estabelecimento de modo de resgate menos severo ao paciente, a depender do *quantum* de pena ao fim aplicado.

Requer, portanto, a concessão do remédio constitucional, para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seu grau máximo, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito e fixar regime inicial de cumprimento de pena menos severo ao sentenciado.

O pedido liminar foi indeferido por decisão da Presidência em exercício deste Superior Tribunal de Justiça.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

Levado o feito a julgamento pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator, sua Excelência votou pela denegação da ordem.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão.

É o relatório.

Dos elementos que instruem o pedido verifica-se que o paciente restou condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática de crime de tráfico de entorpecentes ocorrido em 21 de janeiro de 2008, vez que nessa data, foram apreendidos em seu poder 3 pedras de crack, 42 buchas de maconha e 1 tablete de maconha (fls. 16), drogas cujo peso total, consoante afirmado no acórdão impetrado, "chegou a mais de cem gramas" (fls. 28).

De início, no que respeita à incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas, verifica-se que a Corte impetrada manteve a fração mínima aplicada em primeiro grau nos seguintes termos:

Não se discute, aqui, os critérios para obtenção do benefício - uma vez que este foi deferido na sentença - mas sim qual o patamar de redução; o Magistrado reduziu a pena em 1/6 (um sexto) quando, na visão do apelante, deveria a pena ser reduzida em seu grau máximo - 2/3 (dois terços).

Não discuto que o denominado tráfico privilegiado merece resposta penal menos gravosa exatamente porque considera-se que o agente se envolveu ocasionalmente com esta espécie delitiva, não é reincidente, não ostenta Maus antecedentes, não se vincula a qualquer organização criminosa e não faz da prática do tráfico o seu meio de vida, não está a usufruir, costumeiramente, dos lucros desta atividade ilícita.

No caso, não vejo como aumentar os limites da redução da pena, por dois motivos, quais sejam: a grande quantidade de entorpecente apreendido, que chegou a mais de cem gramas, e pelo fato do apelante confessar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deliberadamente, que 'vendia o entorpecente como meio de subsistência' (fls. 12).

Sei que não há interposição de recurso por parte do Ministério Público; ocorre que, a meu sentir, a confissão do apelante de que vendia o entorpecente de forma habitual tem o condão de impedir não só o aumento do patamar de redução, como também o próprio reconhecimento da causa de diminuição da pena, fato não observado pela Magistrada singular.

Destarte, na atual conjuntura, entendo que a aplicação do percentual de redução em 1/6 mostra-se proporcional à necessária reprovação e coibição do tráfico ilícito de entorpecentes. (fls. 28 e 29)

Quanto aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução pela incidência da causa especial em questão, cumpre esclarecer que 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 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, limitou-se o legislador a determinar os pressupostos para a incidência da benesse legal, deixando, todavia, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações previstas no dispositivo legal, disciplinando a doutrina e a jurisprudência pátrias que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas, que expressamente prevê 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*".

Portanto, nos termos do firme entendimento adotado 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, no caso vertente, destacou-se a considerável quantidade de entorpecente apreendido, *"que chegou a mais de cem gramas"* (fls. 28), e a conduta do paciente, *"que 'vendia o entorpecente como meio de subsistência'"* (fls. 28 e 29), ou seja, comercializava os diversos tipos de droga consigo encontradas de forma habitual, fator que inclusive levou a Corte impugnada a concluir que o paciente não preencheria o requisito subjetivo relativo à ausência de dedicação a atividades criminosas, contudo, como não havia, no caso, recurso do órgão ministerial, tal circunstância somente poderia ser considerada em seu desfavor no momento da escolha da fração de redução pelo disposto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, justificando, por isso, a aplicação da fração mínima legalmente prevista, qual seja, 1/6 (um sexto).

Nesse contexto, não há como se acoimar de ilegal a decisão do Tribunal impetrado, vez que apontou os fundamentos pelos quais mantinha a fração escolhida pelo togado singular para reduzir a sanção do paciente por força do reconhecimento do previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, indo ao encontro dos julgados deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a natureza, quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos, assim como as circunstâncias em que se deu o ilícito, autorizam a aplicação da menor fração de redução.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (17 KG DE MACONHA). DECISÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas. [...]

4. Ordem denegada" (HC 181.716/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 7/12/2010, DJe 1/2/2011).

De outra parte, no tocante ao pleito de fixação do regime inicial aberto para resgate da pena, melhor sorte não socorre a impetrante.

Embora a sanção do paciente tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, **o crime de tráfico de entorpecentes**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo qual restou condenado ocorreu em 21-8-2008, após, portanto, o advento da Lei n. 11.464/2007, 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.

Inúmeros julgados deste Tribunal corroboram o entendimento, senão vejamos:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITOS DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06 EM SEU PERCENTUAL MÁXIMO DE REDUÇÃO E DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. QUESTÕES NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. TESE DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. NÃO-OCORRÊNCIA. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/07.

1. A impetração, quanto às teses relativas ao direito à fixação do percentual máximo de 2/3, pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, e à substituição das penas, não foram objeto de exame pelo Tribunal de origem, nos autos do habeas corpus originário, o que impede a apreciação por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

2. Na espécie, o Paciente restou condenado pela prática do crime de tráfico de drogas cometido em 28/08/2007, sob a égide, portanto, da nova Lei de Crimes Hediondos – Lei n.º 11.464/07, a qual, estabelece, em seu art. 1.º, que alterou a redação do art. 2º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90 o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do quantum de pena aplicado.

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem" (HC 119.506/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009 - grifamos).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO.

I - Não há qualquer constrangimento ilegal, reparável via habeas corpus, na fixação, no caso, do regime inicial fechado para o desconto da reprimenda imposta ao paciente, mormente diante da modificação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07.

II - Assim, tendo o paciente cometido crime na égide na Lei nº 11.464/07, é incensurável a r. sentença condenatória que fixou o regime fechado como o inicial para o cumprimento da reprimenda penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem denegada" (HC 106.461/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 03/11/2008 - destacamos).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. LEI Nº 8.072/90. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A pena imposta ao paciente é de 1 ano e 8 meses de reclusão, transitada em julgado para a acusação. É razoável conceder ao paciente o direito de aguardar em liberdade ao julgamento dos seus recursos pelo Tribunal local, sob pena de lhe ser imposto, indiretamente, o regime integralmente fechado de cumprimento da pena.

2. O regime inicial fechado é imposto por lei nos casos de crimes hediondos, não dependendo da pena aplicada. Assim, não há qualquer ilegalidade na fixação de referido regime, já que o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas.

3. Ordem parcialmente concedida." (HC n.º 91.360, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 13-5-2008, publicado em 20-6-2008 - destacamos).

Assim, de rigor, no caso dos autos, a manutenção do regime inicial fechado de cumprimento de pena.

Por fim, no que tange ao pleito de substituição, não obstante a Suprema Corte ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 da Novel Lei de Drogas, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, relator o Exmo. Sr. Ministro Ayres Britto, é certo que, na hipótese, além de a questão não ter sido objeto de debate pela Corte Estadual, que se limitou, quando do julgamento da apelação defensiva, a examinar o pedido de redução a maior da pena pela aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e o reconhecimento do previsto no art. 41 da mesma legislação, tornando inviável seu conhecimento diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância, em se tratando de reprimenda que excede 4 anos de reclusão, impossível a concessão da benesse, sob pena de violação ao art. 44, I do CP, que exige seja a sanção igual ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inferior a 4 anos para a incidência do benefício (requisito objetivo).

Diante de todo o exposto, voto com o eminente relator e denego a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0106459-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 175.907 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 222201001203 35080009273

EM MESA

JULGADO: 07/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: EDILSON LOZER JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: CARLOS AUGUSTO BATISTA MARTINS (PRESO)
ADVOGADA	: TATIANA SIQUEIRA LEMOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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