



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.019 - SP (2011/0281218-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : **JOÃO HENRIQUE IMPERIA MARTINI - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **JEFFERSON DE OLIVEIRA NOLASCO DA SILVA (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 SEXTO). QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. **2.** REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. **3.** SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **4.** ORDEM DENEGADA.

1. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade e a diversidade 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 arts. 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 4 meses de reclusão), considerando a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente, circunstância essa inclusive utilizada para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Não se admitindo, pelas mesmas razões, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

3. 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), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de março de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.019 - SP (2011/0281218-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Jefferson de Oliveira Nolasco da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau, pela prática da conduta descrita art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa.

Irresignada, apelou a defesa do apenado, tendo o Tribunal **a quo** dado parcial provimento ao recurso defensivo para, após aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da referida lei, reduzir a pena imposta para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, mantido o regime fechado.

No presente **writ**, sustenta o impetrante a ilegalidade, ante a falta de fundamentação idônea, da decisão que aplicou o patamar de redução da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, em apenas 1/6 (um sexto).

Alega, ainda, que, admitida a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06, a reduzida sanção infligida ao paciente autoriza a concessão do regime diverso do fechado, bem como a substituição da pena reclusiva, tudo nos termos dos arts. 33, § 2º, "c", e 44, ambos do Código Penal.

Busca o impetrante seja aplicada a causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3 (dois terços), fixado o regime inicial aberto para início do cumprimento da pena e determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 101/103.

Prestadas as informações (fls. 112/114), a douta Subprocuradoria-Geral da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

República, ao manifestar-se (fls. 135/138), opinou pela concessão parcial da ordem, a fim de que o Juiz da VEC avalie a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.019 - SP (2011/0281218-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Busca o impetrante a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em seu patamar máximo, a fixação do regime aberto para o desconto da reprimenda reclusiva, 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 relacionados 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 na inicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se o que disse o Tribunal de origem ao aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (fl. 88):

*Todavia, equivocou-se o MM. Juiz **a quo** ao deixar de considerar a causa de diminuição de pena prevista na Lei Antidrogas, pois, tratando-se o acusado de agente primário, de bons antecedentes, e que não se dedica, comprovadamente, a atividades ilícitas nem integra organização criminosa, sua aplicação era de rigor. Insta salientar que, segundo entendimento desta Colenda Câmara, a dosagem do índice da redução derivada dessa causa especial de diminuição de pena levará em conta as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, com a situação de preponderância definida no artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Deste modo, considerando que, além das drogas apreendidas em seu poder, o apelante guardava em sua residência mais de meio quilo de "maconha", necessário fixar-lhe a fração redutora mínima, qual seja, 1/6 (um sexto), restando as sanções definidas em quatro anos e dois meses de reclusão e quatrocentas e dezesseis diárias, no piso legal, corrigido.*

Como visto, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado no que diz respeito à incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois que a Corte **a quo** deixou de aplicá-la em seu patamar máximo, diante da diversidade e da quantidade de droga apreendida – 7 gramas de cocaína e 630,2 gramas de maconha -, 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 variedade 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. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.**

1. O art. 42 da Lei nº 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 178.964/DF, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 22/8/2011)

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FIXAÇÃO DO COEFICIENTE EM 1/6 (UM SEXTO). MOTIVAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS.

1. O Juízo de primeiro grau, ao aplicar a causa de diminuição de pena insculpida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, estabeleceu-a, de forma motivada e proporcional, na fração de 1/4 (um quarto), dada a natureza, a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

2. Embora a pena não exceda 4 (quatro) anos de reclusão, mostra-se adequada e proporcional a fixação do regime intermediário em virtude da natureza, da quantidade e da variedade dos entorpecentes apreendidos.

3. Diante das mesmas balizas, não se apresenta recomendável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Ordem denegada. **Habeas corpus** concedido de ofício para estabelecer o regime semiaberto para início de desconto da sanção corporal. (HC nº 163.346/RJ, Relator o Ministro OG FERNANDES, DJe de 21/3/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também não assiste razão à impetração quanto ao pleito de fixação de regime prisional aberto 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 Supremo Tribunal Federal 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, entendo 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, na forma dos precedentes deste Tribunal.

Entretanto, no caso em apreço, consoante 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 4 meses de reclusão), o regime mais gravoso se torna adequado, levando em conta a diversidade e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente (7 gramas de cocaína e 630,2 gramas de maconha), 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. Não se admitindo, pelas mesmas razões, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Não destoia 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2011/0281218-0

HC 226.019 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 143543120108260050 3422010 50100143547

EM MESA

JULGADO: 06/03/2012

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 : JOÃO HENRIQUE IMPERIA MARTINI - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : JEFFERSON DE OLIVEIRA NOLASCO DA SILVA (PRESO)

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

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), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.