



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.277 - SP (2011/0005218-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIA TERESA BASTIA VICHI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALMIR SOUSA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. *QUANTUM* JUSTIFICADO. 2. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

1. Inviável a aplicação, no máximo, do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em razão da variedade e da quantidade de droga apreendida em poder do paciente.
2. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável.
3. É a grande quantidade e variedade de drogas apreendidas atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de 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". Precedentes.
4. Condenado o ora paciente por tráfico de 58 (cinquenta e oito) embalagens de cocaína em forma de *crack*, 57 (cinquenta e sete) papелotes de cocaína e 04 (quatro) "trouxinhas" de maconha, o regime mais adequado é o semiaberto, embora a quantidade de pena (03 anos e 04 meses de reclusão) autorizasse, em tese, o aberto.
5. Assim também, pelo mesmo raciocínio, não se mostra razoável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.
6. Ordem concedida em parte, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 14 de junho de 2011(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.277 - SP (2011/0005218-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIA TERESA BASTIA VICHI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALMIR SOUSA

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Defensora Pública em favor de VALMIR SOUSA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 990.09.190303-5).

Narra a impetração que o paciente foi denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque:

[...] no dia 04 de setembro de 2008, por volta de 06h20, na Rua Sebastião Teberati, altura do nº 257, Jardim Prudente, nesta cidade, Anderson Luiz Souza e Valmir Souza tinham consigo, para entrega ou fornecimento à consumo de terceiros, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 58 embalagens de cocaína em forma de crack, 57 papéletes de cocaína e 04 trouxinhas de maconha, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica (fl. 11).

Concluída a instrução, o paciente foi condenado à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

Irresignada, recorreu a Defesa ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Na oportunidade, buscou a absolvição do paciente por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, a redução das penas impostas e a modificação do regime prisional. A Quinta Câmara Criminal negou provimento ao apelo, e os fundamentos foram os seguintes (fls. 17/26):

No mais, os apelantes foram condenados por tráfico porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, traziam consigo 57 porções de *cocaína em pó*, 4 porções de *maconha* e 58 *pedras de crack*, substâncias entorpecentes que determinam dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Colhe-se do acervo probatório que policiais militares receberam denúncias anônimas apontando a existência de *ponto de tráfico*. Diante disso, foram ao local indicado, onde notaram que os recorrentes, após avistarem a viatura, fugiram, mas foram alcançados. Durante a fuga, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelante Anderson dispensou uma bolsa dentro da qual foram apreendidas as porções de droga, além de quantia de dinheiro (R\$ 65,00). A seguir, foram conduzidos ao distrito policial e presos em flagrante.

A materialidade está estampada nos autos de prisão em flagrante, de exibição e apreensão e nos laudos de constatação prévia e de exame químico-toxicológico.

A autoria também é certa, pese embora o silêncio dos recorrentes na fase administrativa e os relatos que apresentaram em juízo.

Anderson disse que portava apenas uma porção de *cocaína*, para uso próprio. Retornava de uma baile e foi abordado pelos milicianos, os quais o *agrediram fisicamente para*. que apontasse onde ficava a *boca* (sic). Não conhecia o correu e não viu as outras drogas supostamente apreendidas e as anotações contábeis.

Trazia consigo apenas R\$ 5,00, produto de um serviço de pintura que realizou. Já conhecia os policiais militares, pois o abordaram há dois meses.

Valmir, por sua vez, alegou que *passava pela viela* (sic) e foi abordado pelos policiais. Nada de ilícito portava. Faz uso - eventual - de *maconha*. Soube que os milicianos encontraram porções de entorpecentes e, então, o acusaram de ser o proprietário dessas substâncias. Conheceu o coacusado apenas no distrito policial.

No entanto, esses relatos não convencem, pois fossem verdadeiros, teriam os recorrentes, desde logo, justificado suas condutas, coisa que não fizeram na fase policial, optando por sintomático silêncio. Além do mais, foram infirmados pelos demais elementos de convicção coligidos, os quais, ao reverso, confirmaram os termos da inicial acusatória, evidenciaram a configuração do crime de tráfico e a responsabilidade criminal de ambos, senão vejamos.

O policial militar Wendel de Oliveira Rodrigues relatou que receberam denúncias anônimas apontando o local dos fatos como ponto de drogas. Realizavam diligência e abordaram os recorrentes, juntos. Anderson portava as drogas, a quantia de dinheiro e as anotações contábeis. Eles negaram a prática ilícita, alegando que eram apenas usuários de *cocaína* e *maconha*.

Durante os fatos eles ficavam *fungando* (sic), parecendo estar sob o efeito de substância entorpecente.

No mesmo sentido é o depoimento do miliciano Elcio Leal. Aduziu que estiveram no local, no dia dos fatos, três vezes, mas não haviam percebido atividades ilícitas. Na última vez, os acusados correram ao avistar a viatura, o que provocou a abordagem. Um deles dispensou uma bolsa durante a fuga, era cujo interior foram encontrados os entorpecentes em tela. Anderson contou - informalmente - que exercia a função de *olheiro* ou *campana*.

Por fim, as testemunhas arroladas pela defesa de Anderson (fls. 153/157) nada esclareceram acerca dos fatos, pois não os presenciaram. Apenas ressaltaram que ele é usuário de drogas e que jamais souberam estivesse envolvido com o tráfico ilícito.

Nesse contexto, em que pese o empenho das combativas defesas, não há como acolher a tese de insuficiência de provas nem o pedido de desclassificação do delito, tendo se revelado correta a condenação dos acusados por tráfico de drogas, pois foi usada na prisão em flagrante, na apreensão dos entorpecente que eles traziam consigo e que dispensaram momentos antes da abordagem, na admissão informal de culpa, bem assim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nas insuspeitas declarações dos policiais militares, as quais merecem credibilidade e não podem ser simplesmente desprezadas, pois não contêm contradição de relevo e não tinham motivos para atribuir crime de tal gravidade a pessoas inocentes, ao menos nada de concreto nesse sentido se alegou ou foi demonstrado.

Confira-se:

[...]

Portanto, a condenação dos recorrentes por tráfico de drogas era mesmo imperativa.

As penas também não exigem ajuste, pois foram fixadas de acordo com os parâmetros previstos em lei, estão motivadas e individualizadas, sem se olvidar que os apelantes foram deveras beneficiados com a concessão da benesse do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, pese embora houvesse nos autos elementos de prova suficientes para demonstrar que eles exerciam a mercancia ilícita no local (conhecido *ponto de venda* de drogas), mormente diante da quantidade e diversidade de entorpecentes que portavam, a revelar que não se tratava de traficantes eventuais, mas que praticavam a atividade ilícita de forma reiterada, habitual e organizada, mesmo porque não há como crer que alguém se inicie nesse *mercado* com tamanha quantidade de substâncias entorpecentes, constatando-se, pois, incomensuráveis os danos que causaram à saúde pública, razão pela qual deveria ter prevalecido o estatuído no artigo 42 do referido diploma legal, não se cogitando, nesse passo, de aplicação de percentual de redução superior a 1/3.

Por derradeiro, fica mantido o regime fechado para o início da expiação, diante de previsão legal expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante que o constrangimento ilegal suportado pelo paciente reside na falta de fundamentação idônea para o critério de redução de pena em razão da aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Aduz que o magistrado singular aplicou a fração mínima, utilizando-se, para tanto, de elementos inerentes ao próprio tipo penal, o que denunciaria o indevido *bis in idem*. No pormenor, colaciona precedentes desta Casa.

Argumenta, ainda, que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo as circunstâncias judiciais favoráveis, o regime inicial, nos termos do art. 33 do Código Penal, deve ser o aberto. Invoca a jurisprudência desta Casa e os enunciados de Súmula nº 718 e nº 719 do Supremo Tribunal Federal.

Defende, por fim, ser possível, de acordo com o art. 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por restritiva de direitos.

Requer, em tema liminar e no mérito, a redução da pena, a modificação do regime inicial para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido (fl. 32).

Prestadas as informações (fls. 47/64), foram os autos encaminhados ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministério Público Federal (Subprocurador-Geral Edson Oliveira de Almeida) que se manifestou pela concessão parcial da ordem "para que seja concedida ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, e para que seja modificado o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto" (fls. 67/68).

As últimas informações dão conta de que, em 26.04.2010, instaurou-se sindicância para a apuração do cometimento de falta disciplinar de natureza grave.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.277 - SP (2011/0005218-7)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. *QUANTUM* JUSTIFICADO. 2. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

1. Inviável a aplicação, no máximo, do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em razão da variedade e da quantidade de droga apreendida em poder do paciente.

2. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável.

3. É a grande quantidade e variedade de drogas apreendidas atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de 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". Precedentes.

4. Condenado o ora paciente por tráfico de 58 (cinquenta e oito) embalagens de cocaína em forma de *crack*, 57 (cinquenta e sete) papérolas de cocaína e 04 (quatro) "trouxinhas" de maconha, o regime mais adequado é o semiaberto, embora a quantidade de pena (03 anos e 04 meses de reclusão) autorizasse, em tese, o aberto.

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

6. Ordem concedida em parte, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca a presente impetração: (I) a redução do *quantum* de diminuição relativo à causa prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06; (II) a modificação do regime inicial de cumprimento de pena; e (III) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao fixar a pena, disse o Juiz (fls. 13/16):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo a dosar as penas com base nos arts. 59 e 60 do Código Penal e art. 42 da Lei n.º 11.343/06:

O dolo foi normal. Assim, fixo-as nos mínimos de cinco anos e quinhentos dias-multa (art. 33). Não há agravantes ou atenuantes. Não há causas de aumento. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, inexistindo indícios que se dediquem à atividade criminosa, mas considerando-se a quantidade e variedade da droga com indicação de comércio rotineiro, diminuo-as de 1/3, restando três anos, quatro meses de reclusão e trezentos e trinta e três dias-multa. Não há outras modificadoras.

[...]

Ex vi legis iniciarão o cumprimento das penas do tráfico em regime fechado (Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º, com a modificação determinada pela Lei 11.464, de 28 de março de 2007).

O colegiado, ao manter a decisão de primeira instância, fê-lo com os seguintes fundamentos (fls. 17/26):

As penas também não exigem ajuste, pois foram fixadas de acordo com os parâmetros previstos em lei, estão motivadas e individualizadas, sem se olvidar que os apelantes foram deveras beneficiados com a concessão da benesse do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, pese embora houvesse nos autos elementos de prova suficientes para demonstrar que eles exerciam a mercancia ilícita no local (conhecido *ponto de venda* de drogas), mormente diante da quantidade e diversidade de entorpecentes que portavam, a revelar que não se tratava de traficantes eventuais, mas que praticavam a atividade ilícita de forma reiterada, habitual e organizada, mesmo porque não há como crer que alguém se inicie nesse *mercado* com tamanha quantidade de substâncias entorpecentes, constatando-se, pois, incomensuráveis os danos que causaram à saúde pública, razão pela qual deveria ter prevalecido o estatuído no artigo 42 do referido diploma legal, não se cogitando, nesse passo, de aplicação de percentual de redução superior a 1/3.

Da leitura da sentença constata-se que o magistrado de primeiro grau fixou a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar mínimo em razão da quantidade e da variedade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente, o que não enseja, em meu ver, nenhuma ilegalidade.

No caso, o paciente trazia consigo 58 (cinquenta e oito) embalagens de cocaína em forma de *crack*, 57 (cinquenta e sete) papелotes de cocaína e 04 (quatro) "trouxinhas" de maconha.

Em situações de tal jaez, confira-se o entendimento firmado por esta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. NATUREZA DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. REGIME PRISIONAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PEDIDO PREJUDICADO.

1. Inviável a aplicação, no máximo, do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, dadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a natureza da droga envolvida e as circunstâncias do delito.
2. Se o paciente está em regime fechado em razão da unificação das penas, decorrente de posterior condenação por outro delito, fica superada a pretensão de alterar o regime prisional fixado na sentença.
3. Ordem parcialmente prejudicada e, no mais, denegada. (HC 118.552/DF, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01.03.2011, DJe de 21.03.2011.)

PENAL. RECURSOS ESPECIAIS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. PRIMEIRO RECURSO PREJUDICADO. PENA-BASE. MINORANTE. REQUISITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA.

I - Se o recurso especial interposto por uma das partes buscava a aplicação da minorante inserta no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, e se tal pleito já foi indeferido por ocasião do julgamento de habeas corpus por esta Corte, resta reconhecer que a irresignação perdeu objeto.

II - 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 n.º 11.343/06 - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes) - ora poderá atuar como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomado como parâmetro para definir o *quantum* da redução da pena.

III - Na espécie, as particularidades do caso, associada à grande quantidade de drogas apreendida, demonstrou que o recorrente Hugo não preenche os requisitos legais para a aplicação da minorante. Recurso especial interposto por Alejandra Valéria Benitez Rodan não conhecido. Recurso especial interposto por Hugo Marcio Vazquez Gonzales desprovido. (REsp 1.113.620/MS, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13.10.2009, DJe de 16.11.2009.)

HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.

I - Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado no que diz respeito a fixação da pena-base acima do mínimo legal, visto que a mesma foi fixada levando em consideração a elevada quantidade e variedade de drogas apreendidas, bem como por se tratar de réu que se dedica de forma intensa ao narcotráfico local, mostrando-se devidamente justificada a majoração efetivada pelo Magistrado de primeiro grau.

II - Não preenchidos os requisitos legais, não faz jus o paciente à aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

IV - Ordem denegada. (HC 141.193/RJ, Relator Ministro HAROLDO RODRIGUES - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE, SEXTA TURMA, julgado em 06.10.2009, DJe de 26.10.2009.)

Ademais, o comando do art. 42 da Lei n.º 11.343/06 estabelece que a natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a quantidade da droga apreendida são critérios fundamentais à cristalização da sanção penal, *verbis*:

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.

Assim, no pormenor, a irresignação do impetrante não se encontra em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

Passo, pois, a análise dos pedidos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de modificação do regime prisional.

No ponto, convém tecer algumas considerações.

Tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta - 3 anos -, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101.291/SP, Relator Ministro Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS . PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC 101.291/SP; Relator Ministro Eros Grau, Julgamento: 24/11/2009, Segunda Turma, DJe de 12.02.2010.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Reconhecida a possibilidade de substituição da pena por medidas restritivas de direitos, fica afastada a exigência de fixação do regime fechado para os condenados por tráfico de drogas previsto na Lei n.º 11.343/06. Cabe ao Juiz, para estabelecer o regime prisional, avaliar o disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Contudo, na espécie, tenho que o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não satisfazem a resposta penal.

Veja-se que, já na sentença, fez o magistrado registrar a quantidade e a variedade de drogas apreendidas, tanto que fixara o patamar da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no mínimo legal.

Tal a situação, o regime que se mostra razoável, na espécie, é o semiaberto, ainda que o *quantum* da pena, em tese, autorize o aberto, raciocínio que também se aplica à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido:

PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. ART. 40, III DA LEI Nº 11.343/2006. IMEDIAÇÕES DE RODOVIÁRIA. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SEMIABERTO. INCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA E SURSIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (quase duzentos gramas de crack), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme, inclusive, os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.
2. A causa especial de aumento do art. 40, III da mesma Lei somente tem aplicação quando o tráfico ocorra em uma das situações específicas previstas, não admitindo analogia, pois trata-se de norma penal incriminadora, informada pela legalidade estrita.
3. Em razão da desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, legitima-se a imposição de regime inicial mais gravoso (semiaberto), bem como a negativa da substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e também do *sursis*. Precedentes.
4. Ordem concedida em parte para, afastando a causa especial de aumento do art. 40, III da Lei nº 11.343/2006, fixar a pena final em 01 (um) ano e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

09 (nove) meses de reclusão e 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, e impor também o regime inicial semiaberto, mantida no mais a condenação. (HC 135.889/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 15.03.2011, DJe de 04.04.2011.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE DA DROGA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. Se o dispositivo legal responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos - independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso - que iniciem a expiação no regime mais gravoso.
2. A partir do julgamento do Habeas Corpus nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento da conversão de pena também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente.
3. Considerando a quantidade de pena aplicada - 5 (cinco) anos de reclusão -, a primariedade e os bons antecedentes do paciente, cabível o estabelecimento do regime semiaberto para o cumprimento da privativa de liberdade.
4. Entretanto, em razão da quantidade da droga (oitenta e um invólucros de cocaína sob a forma de crack e mais dois tabletes de maconha), inadequada a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos.
5. Ordem concedida em parte a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da privativa de liberdade. (HC 199.366/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, Julgado em 10.05.2011, DJe de 25.05. 2011.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA E SURSIS EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE PENA. ORDEM DENEGADA.

1. A quantidade e a natureza da droga, embora não sejam, por si sós, fundamentos aptos a afastar a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, devem ser consideradas na aferição do quantum de diminuição a ser aplicado, a teor do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.
2. In casu, não faz jus à aplicação da causa de diminuição inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que ficou consignado que as circunstâncias que envolveram a prática delituosa - notadamente a quantidade de droga apreendida (3,965 kg de maconha) e a forma como foi transportada - levam à conclusão que o paciente integra organização criminosa, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício, não havendo, portanto, que se falar em bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A conclusão a que chegou as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo certo que, para afastar o entendimento que impediu a aplicação da referida causa de diminuição, seria necessário o revolvimento aprofundado das provas, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do writ.

4. Apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do quantum de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que o regime fechado, no caso, se mostra adequado, ainda que se trate de pena inferior a 8 anos, nos termos do que dispõem os §§ 2º e 3º do artigo 33, do Código Penal, e 42 da Lei nº 11.343/2006, já que ressaltado pelas instâncias ordinárias que a quantidade de droga apreendida se mostra expressiva, circunstância essa inclusive também utilizada para impedir a aplicação da causa de diminuição prevista no § 3º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

5. Mantida a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão, resta superado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não preenchimento do requisito mínimo à sua concessão, qual seja, sanção não superior a 4 anos. Do mesmo modo, fica prejudicado o pleito de substituição condicional da pena.

6. Ordem denegada. (HC 165.647/SP, Relator Ministro HAROLDO RODRIGUES - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE, Julgado em 12.04.2011, DJe de 23.05.2011.)

Ante o exposto, concedo em parte a ordem, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0005218-7

HC 194.277 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13392008 50080684220 990091903035

EM MESA

JULGADO: 14/06/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : VALMIR SOUSA

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.