



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.684 - SC (2010/0181433-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : VANILDO CABRAL E SILVA
ADVOGADO : PAULO DA SILVEIRA MAYER E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : VANILDO CABRAL E SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (76 GRAMAS DE "CRACK"). APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO É A HIPÓTESE. ORDEM DENEGADA.

1. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 3.º da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

3. Não é possível afastar o entendimento exarado pela Corte de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, pois necessitaria de exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, afigura-se inviável na via estreita do *writ*.

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ.

5. No caso em apreço o Juízo sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal, considerando desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social e consequências do crime, e ainda deixou de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, uma vez que concluiu que o Paciente se dedicava à atividade criminosa, sendo conhecido traficante na região, fazendo da prática delituosa seu meio de vida. Dessa forma, incabível, na hipótese a fixação de regime prisional mais brando.

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) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.684 - SC (2010/0181433-0)

IMPETRANTE : VANILDO CABRAL E SILVA
ADVOGADO : PAULO DA SILVEIRA MAYER E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : VANILDO CABRAL E SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VANILDO CABRAL E SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, proferido nos autos da apelação criminal n.º 2010.015484-7.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, oportunidade em que não se reconheceu o direito de recorrer em liberdade. Contra o *decisum*, interpôs o Paciente recurso de apelação, cujo provimento fora negado pela Corte de origem.

Nas razões do presente *writ*, alegam os Impetrantes, em suma, que o Paciente preenche todos os requisitos previstos no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, além de ter sido apreendido com apenas 19 pedras de crack (que correspondem aproximadamente a 76 gramas).

Afirma que, para o reconhecimento da dedicação à atividade criminosa, "*há que ter um mínimo de atuação efetiva, relevante; tenha vez apenas quando o condenado realmente demonstre ter adotado um modo de vida criminoso; não se afastando de pronto o benefício em pauta, pelo simples fato do Paciente ter reiterado (em oportunidades próximas à conduta objeto de investigação) algumas vezes no delito de tráfico*" (fl. 09).

Sustentam, ainda, a existência de ilegalidade na fixação do regime prisional fechado.

Requerem, em liminar, seja o Paciente colocado no regime semiaberto.

No mérito, pugnam pela concessão da ordem, a fim de que seja aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, em seu grau máximo, e estabelecido regime prisional compatível com a reprimenda imposta.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 202/203.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações do órgão Jurisdicional Impetrado.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 210/216, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.684 - SC (2010/0181433-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (76 GRAMAS DE "CRACK"). APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO É A HIPÓTESE. ORDEM DENEGADA.

1. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 3.º da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

3. Não é possível afastar o entendimento exarado pela Corte de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, pois necessitaria de exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, afigura-se inviável na via estreita do *writ*.

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ.

5. No caso em apreço o Juízo sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal, considerando desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social e consequências do crime, e ainda deixou de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, uma vez que concluiu que o Paciente se dedicava à atividade criminosa, sendo conhecido traficante na região, fazendo da prática delituosa seu meio de vida. Dessa forma, incabível, na hipótese a fixação de regime prisional mais brando.

6. Ordem denegada.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Objetiva o Impetrante a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

São requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 3.º da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

No caso dos autos, a referida minorante deixou de ser aplicada pelo Juízo singular de forma devidamente fundamentada, consoante se vê do trecho a seguir transcrito:

"Ausentes causas especiais de aumento e de diminuição, já que incabível o reconhecimento daquelas previstas nos §§, 2º, 3º e 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos ante a existência de provas seguras de que Vanildo vinha se dedicando a prática de atividade criminosa através da reiterada venda de entorpecentes, a qual era exercida de forma permanente, conforme se extrai de sua confissão, dos relatos dos usuários e policiais militares. Ademais, face as circunstâncias e a natureza de droga apreendida, percebe-se que o denunciado não pode ser enquadrado na figura de pequeno traficante. Assim, concretizo a pena em seis (06) anos de reclusão e seiscentos (600) dias multa, no valor mínimo legal.

Considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, e que o crime de tráfico é equiparado a hediondo (art. 2º, inciso II, da Lei 8.072/90), estabeleço o regime fechado para início de cumprimento da pena." (fl. 138.)

O Tribunal de origem, por sua vez, ratificou o entendimento do magistrado sentenciante, *in verbis*:

"Como é cediço, para fazer jus à benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, é necessário que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa, nem integre organização criminosa, ou seja, é concedida àquele que atua de modo individual e ocasional.

[...]

Na espécie, o conjunto probatório carreado aos autos, bem como a confissão judicial do réu (fls. 105 e 106) demonstram, de forma clara e incontestada, que o apelante há meses se dedicava à atividade ilícita, fazendo do comércio de drogas o seu meio de vida, in verbis:

(...) que fazia dois meses que o interrogando estava vendendo crack para sustento de sua família, notadamente de uma filha com problemas de obesidade e de visão; que comprava a droga de um sujeito, cujo nome não sabe declinar, residente em Meia Praia, Itapema/SC; que pagou R\$16,00 o grama da droga; que vendia por R\$50,00; que não é usuário de drogas; que trabalhava com extração de madeira e inclusive estava para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

receber uma quantia elevada em razão de um serviço realizado e não pago. (...) que está arrependido porque "isto não é futuro para gente". (sem grifo no original).

No mesmo sentido, extrai-se dos depoimentos dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante, prestados na fase extrajudicial e confirmados em Juízo:

Marco Aurélio Maçaneiro - (...) que estava de serviço quando foi solicitado pelo COPOM, que fizessem abordagem em alguns usuários de drogas; que um dos usuários indicou o local onde havia comprado a droga, no morro, de um sujeito conhecido como Cabral; **que em contato com o serviço reservado da PM, obtiveram a informação de que referida pessoa já era apontada como traficante;** que diante disto, deslocaram-se para as proximidades da casa do acusado e lograram êxito em abordar um usuário saindo; que este usuário tinha uma pedra de crack; que segundo este usuário informou, o réu só vendia pedra de R\$ 50,00; que em seguida entraram na casa do réu e este não resistiu e indicou aos policiais onde guardava a droga, em um ranchinho, um pouco acima da casa do réu; que o réu confessou que traficava entorpecentes para ajudar o tratamento da filha dele; que não foi o depoente quem localizou a droga; **que o depoente encontrou dinheiro na estante do quarto do réu, observando que havia bastante notas de valores diversos, de dez reais, de dois reais e de cinquenta reais;** que o total **girava em torno de mil e novecentos reais;** que inquirido a respeito da origem do dinheiro, o réu disse que era da venda de uns animais que tinha, mas não trouxe maiores esclarecimentos; que em poder do réu encontraram cerca de trezentos a quatrocentos reais em espécie; **que segundo informações, a casa do réu era local conhecido como ponto de venda de drogas;** que é um local de fácil acesso. (...) que a casa do acusado era simples mas bem conservada e bem guarneçada de eletrodomésticos (fl. 107) (sem grifo no original).

Rudy Camilo - (...) que no dia dos fatos foi acionado pela guarnição do serviço tático para que deslocasse até o Bairro Águas Claras porque teria sido abordado um usuário de drogas que disse ter comprado a droga do traficante Cabral; que esse usuário informou o endereço do Cabral, subindo a rodovia Gentil Archer, em cima do morro, uma residência com árvores na frente; que foram até o local e abordaram um usuário que tinha acabado de sair da casa do réu, sendo que em seu poder foi apreendida uma pedra de crack acondicionada em um plástico; que diante disto, entraram na residência do réu; que foi apreendida certa quantidade em dinheiro por alguns policiais e o réu acabou indicando o local aonde guardava a droga nos fundos da residência; **que o depoente já tinha conhecimento através de contato com outros usuários que há pelo menos cinco anos o Cabral, como era conhecido o réu, vendia drogas naquela residência, que a região da Rod. Gentil Archer é muito conhecida como ponto de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*venda de drogas; que segundo denúncias de usuários o réu vendia pedras maiores de crack para evitar a grande movimentação de usuários em sua residência; que o réu confessou que a **droga apreendida destinava-se ao comércio**; que a droga foi encontrada num rancho nos fundos da residência, sendo um torrão maior e outras pedras embaladas individualmente com o mesmo plástico que embalava a pedra apreendida em poder do usuário que abordaram saindo da casa do réu momentos antes; (...) (fl. 108) (sem grifo no original).*

E, no caso em concreto, a versão apresentada pelos policiais foi confirmada pelo relato dos usuários Laionel Cristiano Theiss e Jaison Pereira (fls. 109 e 110), que, na fase judicial, afirmaram ter adquirido entorpecente do apelante.

[...]

Ademais, a quantidade de drogas que mantinha em depósito no momento da abordagem (76 gramas de crack) e a quantia em dinheiro apreendida em seu poder (R\$ 2.361,00 em espécie) convencem acerca da prática habitual da narcotraficância.

Como se vê, a mercancia ilícita praticada pelo réu não ocorria de forma ocasional.

Desse modo, diante do não preenchimento de um dos requisitos cumulativos previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, qual seja, não se dedicar à atividade criminosa, inviável à aplicação do benefício pretendido. [...]" (fls. 193/195)

Como se vê, a referida minorante deixou de ser aplicada de forma devidamente fundamentada, uma vez que as instâncias ordinárias – soberanas na análise fático-probatória – concluíram que o Paciente se dedicava à atividade criminosa, sendo conhecido traficante na região, fazendo da prática delituosa seu meio de vida.

Desse modo, não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, não faz jus o Paciente à aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Por oportuno, transcrevo os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. ALEGADA INOCÊNCIA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A MANTENÇA DA CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Tendo a Corte originária indicado precisamente os elementos em que se fundava para concluir pelo acerto da sentença no ponto em que condenou pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o narcotráfico, inviável, em sede de habeas corpus, proclamar-se a sua absolvição, como pretendido, pois necessário o revolvimento de todo o elenco probatório amealhado nos autos principais, providência vedada na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

via estreita do remédio constitucional. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação, na espécie, da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, quando os agentes foram condenados pelo crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente porque foi apreendida elevada quantidade de droga em poder dos acusados.

2. Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. *Ordem denegada.*"(HC 149.227/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011.)

"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.

2. Na hipótese, o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal a quo, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, afirmou que a grande quantidade de droga apreendida (17 kg de maconha) trouxe maior grau de censurabilidade a conduta da Paciente, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentos válidos.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que a Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, considerando a dinâmica do fato delituoso, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

4. *Ordem denegada.*" (HC 181.716/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/02/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DA DROGA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. O pedido de absolvição pela alegação de insuficiência de prova que teria levado à condenação do paciente não se compatibiliza com os limites estreitos do habeas corpus, por demandar inevitável incursão no material fático-probatório.

2. 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 e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. O Tribunal de origem destacou que a significativa quantidade de drogas e a evidência de que o paciente se dedicava à atividade criminosa impede a adoção do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que exige a cumulação dos requisitos exigidos no referido dispositivo legal.

4. Diante da presença de circunstâncias desfavoráveis reconhecidas na sentença de primeiro grau, mantém-se o regime fechado para início de cumprimento de pena.

5. *Ordem denegada.*" (HC 162.212/GO, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 02/08/2010; sem grifo no original.)

Ressalte-se, ademais, não ser possível afastar o entendimento exarado pela Corte de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, pois necessitaria de exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, afigura-se inviável na via estreita do writ.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada." (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifo no original.)

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.

2. **Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.**

3. **A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.**

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver." (HC 90.350/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 14/04/2008; sem grifo no original.)

Por fim, no que diz respeito ao regime de cumprimento da pena – não obstante o regime inicial fechado seja imposto aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 –, após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do referido HC n.º 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, passou-se a admitir a adequação também do regime, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, com a fixação de regime prisional mais brando, compatível com a benesse concedida justamente para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evitar o encarceramento.

Nesse sentido, já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

"Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida." (HC 105779/SP, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 21/02/2011.)

E também este Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

II. Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.

III. A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.

IV. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis/RS que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como à adequação do regime prisional.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator."
(HC 196.199/RS, QUINTA TURMA, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 14/04/2011.)

Cumpre reprisar a advertência oportunamente levantada pelo eminente Ministro GILSON DIPP, por ocasião do julgamento acima referido:

"Não se cuida, aqui, de proporcionar a todos os condenados por crime hediondo que se inicie o cumprimento da pena em regime diverso daquele determinado pela Lei n.º 11.464/07, mas tão somente de adequar, afastando qualquer incongruência, a aplicação da pena e do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Desta forma, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições."

No caso em apreço, contudo, o Juízo sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal, considerando desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social e consequências do crime, e ainda deixou de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, uma vez que concluiu que o Paciente se dedicava à atividade criminosa, sendo conhecido traficante na região, fazendo da prática delituosa seu meio de vida. Dessa forma, incabível a fixação de regime prisional mais brando.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0181433-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 186.684 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11090127723 20100154847

EM MESA

JULGADO: 16/08/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VANILDO CABRAL E SILVA
ADVOGADO : PAULO DA SILVEIRA MAYER E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : VANILDO CABRAL E SILVA

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:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.