



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.174 - MS (2010/0223218-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ENY CLEYDE SARTORI NOGUEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANDRÉ DIAS

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/5. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS BRANDO QUE O SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Concretamente fundamentada a diminuição da pena (1/5), na terceira fase da dosimetria, dada a grande quantidade de droga (quase 800 gramas de maconha), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.

2. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, 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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. Na espécie, contudo, além de não acolhido o primeiro pleito, colocado pela impetração como condição dos demais, coloca-se também a grande quantidade de substância entorpecente como óbice à alteração do regime e à substituição pretendida.

4. Ordem denegada.

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, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 12 de junho de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.174 - MS (2010/0223218-2)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ENY CLEYDE SARTORI NOGUEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANDRÉ DIAS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de ANDRÉ DIAS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação Criminal n.º 2010.030575-0/0000-00).

O paciente foi condenado por tráfico, em primeiro grau de jurisdição, a 4 anos de reclusão e a 2 meses de detenção, por resistência, no regime inicial semiaberto, negada a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, em face da vedação legal do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (fls. 25/37).

Manejada apelação, buscando, no tráfico, aumentar o montante de diminuição para 1/2, na terceira fase da dosimetria, bem como a fixação do regime aberto, não foi provida, a teor da seguinte ementa (fls. 60):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO - PROVA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA - CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE - REGIME INICIAL ABERTO - SUBSTITUIÇÃO DE PENA - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Na hipótese, a autoria do delito resta evidente, pois o réu foi preso na posse da droga, assim, mantém-se decreto condenatório que se baseou no depoimento dos policiais responsáveis pela prisão e confissão do próprio apelante.

O crime de tráfico é equiparado a hediondo e a Lei n. 8.072/90, prevê expressamente no artigo 2º, § 1º, que seja a pena cumprida, inicialmente, em regime fechado, bem como seja afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Daí a presente impetração, alegando que, preenchidos os requisitos legais, a fixação, na espécie, da causa especial de diminuição em apenas 1/5 é desproporcional, ainda mais porque somente uma circunstância judicial foi desfavorável.

Diz ainda que, reduzida a pena como pretendido, há de ser o aberto, o regime inicial de cumprimento, bem como viabiliza-se a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos, pleitos já amparados por decisões desta Corte e do STF.

Pede seja aplicada a causa especial de diminuição pelo metade (1/2), a fixação do regime aberto e a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Prestadas as informações (fls. 72/83), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 88/92).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.174 - MS (2010/0223218-2)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/5. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS BRANDO QUE O SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Concretamente fundamentada a diminuição da pena (1/5), na terceira fase da dosimetria, dada a grande quantidade de droga (quase 800 gramas de maconha), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.

2. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, 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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. Na espécie, contudo, além de não acolhido o primeiro pleito, colocado pela impetração como condição dos demais, coloca-se também a grande quantidade de substância entorpecente como óbice à alteração do regime e à substituição pretendida.

4. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Como visto, três são as pretensões em exame: a) a aplicação da causa especial de diminuição pela metade (1/2); b) a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena e c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Vejamos o que disse a sentença (fls. 35/37):

O réu agiu com evidente reprovabilidade pois era exigível conduta contrária, nas circunstâncias, com respeito à norma. Trata-se de réu primário, com bons antecedentes. Sua conduta social e personalidade são regulares, tem residência fixa e trabalho certo. Os motivos foram comuns à espécie, ou seja, a obtenção de lucro fácil. As circunstâncias não o favorecem. As conseqüências são danosas para a vítima que no caso é a coletividade, pois o crime de tráfico contribui enormemente para as mazelas sociais que hoje vivenciamos. Diante disso, fixo sua pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Diante da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, diminuo sua pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 1/5, fixando-a em 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa.

(...)

O regime inicial para o cumprimento da pena imposta, atendendo-se ao disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, e considerando a jurisprudência do STJ, será o semi-aberto.

(...)

Deixo de aplicar no caso os dispositivos previstos no art. 44 e art. 77 do Código Penal, por expressa vedação legal.

O acórdão, por sua vez, fixou (fls. 61/64):

1) Percentual de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

O apelante - André Dias - foi condenado pela suposta prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e art. 329, caput, do Código Penal, sendo condenado a uma pena de 4 anos e 2 meses de reclusão em regime semi-aberto e 400 dias-multa.

Pois bem. O magistrado aplicou a diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33, da mencionada lei, no percentual de 1/5, considerando a quantidade da droga apreendida - 772 g de maconha. O apelante pugna pelo aumento desse patamar para 1/2.

A sentença deve permanecer inalterada, considerando a lesividade da droga apreendida e o fato de que para cada cigarro de maconha se utiliza de 0,5 grama a 1 grama do entorpecente, ou seja, a quantidade apreendida era suficiente para mais de 1500 cigarros.

2) Hediondez do tráfico privilegiado - regime aberto.

Esta Turma tem se manifestado de forma unânime em julgamentos anteriores de que o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei de Drogas não afasta a hediondez do crime. Assim, mesmo que os sentenciados tenham a pena diminuída, nos termos da citada lei, ainda assim devem seguir as regras da Lei 8.072/90 para a progressão do regime, e não a Lei de Execução Penal, que é mais favorável.

Inicialmente, porque a legislação equipara o tráfico de drogas aos crimes hediondos.

(...)

Assim, o regime inicial no tráfico privilegiado deve ser o fechado, sendo vedada a substituição da pena.. Entretanto, tendo em vista que a magistrada a quo entendeu ser possível a fixação de regime inicial semi-aberto ao sentenciado, em decorrência da vedação da reformatio in pejus, pois não houve recurso do Ministério Público Estadual, mantenho a sentença nesse ponto.

Por fim, registre-se que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é flagrantemente incompatível com a hediondez do crime perpetrado pelo agente, além de não ser socialmente recomendável. Tal benesse destina-se a réus que cometeram delitos de menor gravidade, não se presta àqueles que praticaram crimes graves, hediondos ou equiparados, tendo em vista sua reconhecida perniciosidade à sociedade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme se depreende, a sentença, ratificada pelo acórdão atacado, louva-se na grande quantidade de droga (quase 800 gramas de maconha) para aplicar o quantum de diminuição no patamar de 1/5.

Nesse sentido, penso que justificada está a redução, pois esse é mesmo o espírito do mencionado dispositivo, que dispõe:

"Art. 42. 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, concretamente fundamentada a pena, fixar outro *quantum* demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

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 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 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.

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho este julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

Quanto ao mais, é de ver que 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, *in 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 101291/SP, rel. Min. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida." (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

No mesmo sentido:

Tráfico de drogas: “sursis” e substituição de pena por restritiva de direitos

A 1ª Turma julgou prejudicado *habeas corpus* em que condenado à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime fechado e 166 dias-multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33), pleiteava a suspensão condicional da pena nos termos em que concedida pelo Tribunal de Justiça estadual. Em seguida, deferiu, de ofício, a ordem para reconhecer a possibilidade de o juiz competente substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei. A impetração questionava acórdão que, em 9.3.2010, ao dar provimento a recurso especial do *parquet*, não admitira o *sursis*, em virtude de expressa vedação legal. Consignou-se que, ao julgar o HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010), o Supremo concluíra, em 1º.9.2010, pela inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º; e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, ambos na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito em apreço. Asseverou-se, portanto, estar superado este impedimento. Salientou-se que a convalidação da reprimenda por restritiva de direitos seria mais favorável ao paciente. Ademais, observou-se que o art. 77, III, do CP estabelece a aplicabilidade de suspensão condicional da pena quando não indicada ou cabível a sua substituição por restritiva de direitos (CP, art. 44). HC 104361/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.5.2011. (HC-104361)

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 n.º 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.

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

A esse respeito, o Senado Federal editou a Resolução nº 5, publicada no DOU de 16 de março de 2012, suspendendo a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Contudo, na espécie, não vejo como fixar o regime aberto e nem substituir a pena, pois, além de estarem esses pleitos na dependência do acolhimento do aumento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

montante da causa especial de diminuição, já negado, a grande quantidade de droga, a meu ver, desautoriza essas benesses.

Confirmam-se as seguintes ementas:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 6.368/76. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza e a elevada quantidade da substância entorpecente apreendida - 500 (quinhentos) comprimidos de ecstasy.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CRIME COMETIDO AO TEMPO DA LEI 6.368/76. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.464/06. ADMISSIBILIDADE DA PERMUTA. PRECEDENTES DO STJ. ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. GRANDE QUANTIDADE DE TÓXICO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, e tendo em conta a superveniência da edição e entrada em vigor da Lei 11.343/06, perfeitamente possível a substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos nos delitos cometidos na vigência da Lei n.

6.368/76, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Evidenciada a gravidade concreta do delito cometido, dada a elevada quantidade de droga apreendida, circunstância que demonstra que, na espécie, a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão da Corte Estadual que entendeu não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a permuta.

REPRIMENDA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO FECHADO. MODO ABERTO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. QUANTIDADE DE DROGA CAPTURADA. GRAVIDADE CONCRETA. FORMA MAIS GRAVOSA MOTIVADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

1. Não obstante o quantum de pena definitivamente fixado não exceder



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a 8 (oito) anos de reclusão, mostra-se justificada a fixação do modo inicialmente fechado, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do CP e do art. 42 da nova Lei de Tóxicos, haja vista a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais e a gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela elevada quantidade de entorpecente capturado em poder do agente.

2. Ordem denegada.

(HC 210.670/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.

1. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 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".

3. Condenado o paciente à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por tráfico de 208 pedras de crack, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

4. Ordem denegada.

(HC 223.581/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 25/04/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 59 DO CP. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA. DEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES.

1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

2. Na espécie, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do writ, porquanto a pena-base fora estabelecida acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

3. A natureza e a quantidade da droga apreendida, além de seu preparo para comercialização, são fatores que, na fixação da pena-base no crime de tráfico, preponderam sobre o previsto no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59 do Código Penal, e justificam seu aumento acima do mínimo legal.

4. 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.

5. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que concluído pela instância ordinária que integra organização criminosa.

6. Em verdade, tem-se por inviável o reexame, em habeas corpus, de aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos, tanto no que se refere à fixação da pena-base, quanto na aplicação da minorante.

7. Em decorrência do indeferimento do pedido de aplicação da referida minorante, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

8. Não obstante a primariedade e os bons antecedentes do réu, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido - 3.202 g (três mil, duzentos e dois gramas) de cocaína - justificam a adoção de regime prisional mais gravoso.

9. Ordem denegada.

(HC 213.684/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 09/05/2012)

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0223218-2

HC 192.174 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10100010318 20100305750

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ENY CLEYDE SARTORI NOGUEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANDRÉ DIAS

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, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.