



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.325 - ES (2011/0072259-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : EVELINE ASCENCIO GALDIN KOKOT - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : NILSON DAS NEVES

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/3. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DIFERENTE DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AFERIÇÃO NO CASO CONCRETO.

1. Devidamente sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, nas características do caso concreto e, principalmente, no art. 42 da Lei 11.343/2006, dada a quantidade de droga apreendida (cocaína e crack), legitimada está a exasperação da pena-base.

2. Concretamente fundamentada em um terço a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, dado o montante de droga, não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.

3. 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.

4. Contudo, na espécie, mantida a reprimenda final em quantidade maior de quatro anos, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Fixado o regime fechado com base apenas nos óbices legais, já ultrapassados pela jurisprudência e havendo trânsito em julgado, a aplicação de outro, menos gravoso (aberto ou semiaberto), fica relegada ao juízo da execução.

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena

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 e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.325 - ES (2011/0072259-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : EVELINE ASCENCIO GALDIN KOKOT - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : NILSON DAS NEVES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de NILSON DAS NEVES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação Criminal n.º 48080123440).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 à pena de 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, e 406 (quatrocentos e seis) dias-multa, fixado o regime inicial fechado de cumprimento da pena. A título de ilustração, confira-se trecho da sentença condenatória, no que toca à fixação da pena:

"Curvando-me às disposições do artigo 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade restou comprovada, merecendo reprovação; não há nos autos registro de antecedentes criminais; personalidade de homem comum; conduta social não referenciada; os motivos do crime não favorecem o réu, vez que o que impulsiona a prática do tráfico é o ganho fácil; as circunstâncias concretas lhe são desfavoráveis, tratando-se de expressiva quantidade de droga apreendida; as consequências do crime não foram graves, ante a pronta atuação policial; o comportamento da vítima, em sendo a sociedade, não se aplica; a situação econômica do réu não é boa.

Analisando as circunstâncias judiciais, com preponderância da natureza e quantidade da substância ilícita, além da personalidade e conduta social do agente, nos termos dos artigos 42 e 43 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime.

Reconheço em favor do réu a atenuante genérica prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código penal, vez que a confissão extra-judicial prestada, mesmo retratado em Juízo, serviu, de alguma forma, para embasar a convicção condenatória, razão pela qual reduzo a pena em 04 (quatro) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, fixando-a, então, em 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 610 (seiscentos e dez) dias-multa, à mesma base supracitada.

Inexistem agravantes a serem sopesadas.

Reconheço a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - primariedade e bons antecedentes, ausência de prova de dedicação a atividades criminosas ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que integre organização criminosa - e com base nas circunstâncias subjetivas e objetivas previstas no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/06, já analisadas, reduzo a pena em 1/3 (um terço), passando-a para 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 406 (quatrocentos e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, pena esta que estabeleço como definitiva, por inexistirem outras causas de diminuição ou de aumento a serem consideradas." (fls. 51/52)

Interposto recurso de apelação pela Defesa, a Corte de origem negou-lhe provimento em aresto ementado nos seguintes termos:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PREQUESTIONAMENTO. 1. Incabível acolhida do argumento de insuficiência de provas se o conjunto probatório é harmônico e hábil a ensejar a condenação. 2. Inexiste irregularidade ou excesso na sentença se presentes os requisitos dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, e foi devidamente motivada a decisão guerreada no processo. 3. As penas alternativas são irremediavelmente conflitantes com os crimes tidos por hediondos. 4. A matéria ora questionada já foi sobejamente enfrentada, no entanto, decidida de forma contrária aos interesses da defesa. 5. recurso a que se nega provimento."

Na sequência, opostos embargos declaratórios, sob alegação de omissão no exame da questão relativa à possibilidade de fixação do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, foram eles rejeitados ao fundamento de que "é vedada a inovação na tese de defesa através de Embargos de Declaração."

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante sustenta, em síntese, que 'a pena privativa de liberdade foi fixada sem a devida fundamentação, razão pela qual deve ser reduzida ao mínimo, com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em sua fração máxima de 2/3 (dois terços), com a consequente alteração do regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, sendo que nesses pontos reside o constrangimento ilegal."

Requer, liminarmente, "seja suspenso o curso do processo (...) até o julgamento do mérito."

No mérito, pleiteia "seja concedida a ordem para retificar a condenação, reduzindo-se a pena-base ao mínimo legal, com a aplicação do redutor da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, na fração de 2/3 (dois terços), fazendo-se o acertamento da pena, bem como a aplicação do regime inicial semi-aberto ou aberto para o cumprimento de pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos."

Indeferida a liminar (fls. 108/110) e prestadas informações (fls. 116/118 e fls. 121/219), o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 227/239).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.325 - ES (2011/0072259-5)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/3. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DIFERENTE DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AFERIÇÃO NO CASO CONCRETO.

1. Devidamente sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, nas características do caso concreto e, principalmente, no art. 42 da Lei 11.343/2006, dada a quantidade de droga apreendida (cocaína e crack), legitimada está a exasperação da pena-base.

2. Concretamente fundamentada em um terço a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, dado o montante de droga, não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.

3. 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.

4. Contudo, na espécie, mantida a reprimenda final em quantidade maior de quatro anos, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Fixado o regime fechado com base apenas nos óbices legais, já ultrapassados pela jurisprudência e havendo trânsito em julgado, a aplicação de outro, menos gravoso (aberto ou semiaberto), fica relegada ao juízo da execução.

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Como visto, quatro são as pretensões em exame: a) a redução da pena-base ao mínimo legal, b) a aplicação da causa especial de diminuição pelo máximo (2/3); c) a fixação do regime inicial semiaberto ou aberto para o cumprimento da pena e d) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Vejamos o que disse a sentença (fls. 51/52):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Curvando-me às disposições do artigo 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade restou comprovada, merecendo reprovação; não há nos autos registro de antecedentes criminais; personalidade de homem comum; conduta social não referenciada; os motivos do crime não favorecem o réu, vez que o que impulsiona a prática do tráfico é o ganho fácil; as circunstâncias concretas lhe são desfavoráveis, tratando-se de expressiva quantidade de droga apreendida; as consequências do crime não foram graves, ante a pronta atuação policial; o comportamento da vítima, em sendo a sociedade, não se aplica; a situação econômica do réu não é boa.

Analisando as circunstâncias judiciais, com preponderância da natureza e quantidade da substância ilícita, além da personalidade e conduta social do agente, nos termos dos artigos 42 e 43 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime.

Reconheço em favor do réu a atenuante genérica prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código penal, vez que a confissão extra-judicial prestada, mesmo retratado em Juízo, serviu, de alguma forma, para embasar a convicção condenatória, razão pela qual reduzo a pena em 04 (quatro) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, fixando-a, então, em 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 610 (seiscentos e dez) dias-multa, à mesma base supracitada.

Inexistem agravantes a serem sopesadas.

Reconheço a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - primariedade e bons antecedentes, ausência de prova de dedicação a atividades criminosas ou que integre organização criminosa - e com base nas circunstâncias subjetivas e objetivas previstas no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/06, já analisadas, reduzo a pena em 1/3 (um terço), passando-a para 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 406 (quatrocentos e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, pena esta que estabeleço como definitiva, por inexistirem outras causas de diminuição ou de aumento a serem consideradas." (fls. 51/52)

O acórdão, por sua vez, fixou (fls. 84/89):

3. Da Fixação da pena

3.1. Da pena-base

Afirma o recorrente que a pena aplicada deve ser revista, uma vez que não observou a boa técnica, valendo-se de expressões vagas e imprecisas a justificar a majoração da pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa.

Vejamos.

A Magistrada, ao realizar a ponderação das circunstâncias previstas no artigo 59, e calcular a pena em atenção ao artigo 68, ambos do Código Penal, assim se manifestou (fl.307/308):

"() verifico que a culpabilidade restou comprovada, merecendo reprovação; não há nos autos registro de antecedentes criminais;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade de homem comum; conduta social não referenciada; os motivos do crime não favorecem o réu, vez que o que impulsiona a prática do tráfico é o ganho fácil; as circunstâncias concretas lhe são desfavoráveis, tratando-se de expressiva quantidade de droga apreendida as consequências do crime não foram graves, ante a pronta atuação policial; o comportamento da vítima, em sendo a sociedade, não se aplica; a situação econômica do réu não é boa.

Analisando as circunstâncias judiciais, com preponderância da natureza e quantidade da substância ilícita, além da personalidade e conduta social do agente, nos termos dos artigos 42 e 43 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime.

Reconhecendo existir em favor do réu a atenuante genérica do artigo 65, inciso III, alínea "d" do Código Penal, vez que houve confissão extrajudicial, mesmo retratada em juízo, a MM. Juíza reduziu a pena em 04 (quatro) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa. Entendeu não existirem agravantes a serem sopesadas.

Em razão das circunstâncias em que o réu foi preso, sua conduta se encaixa nos verbos "guardar" e "adquirir" substância entorpecente, prevista no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

A sentença de primeiro grau, embora de fundamentação sucinta, não afrontou o princípio constitucional da individualização da pena, e levou em conta a previsão constitucional que dispõe serem os crimes de tráfico de entorpecentes condutas equiparadas a hediondas, merecendo reprimenda mais grave.

Ainda o edito condenatório individualizou as condutas para cada réu, e trouxe provas suficientes para a formação do convencimento quanto a condenação de Nilson, não havendo que se falar em carência de fundamentação.

Vejamos jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça a respeito:

"Ao proferir a sentença de piso, o MM. Juiz a quo respeitou os ditames legais nos termos do art 59 do CP. Logo, tendo em vista as circunstâncias judiciais referentes à acusada, e, diante da discricionariedade que a lei penal lhe faculta, aplicou o nobre Magistrado a pena In concreto de forma correta e razoável, não vendo desta feita que se falar em violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e tampouco em violação ao art. 5º, incisos I, XLIII e XLVI da CF (Apelação Criminal nº 11070180317, Relator Des. Alemer Ferraz Moulin, publicado no Diário em 24/04/2009).

O Superior Tribunal de Justiça também se manifesta nesse sentido:

"No crime de tráfico de drogas, a quantidade do entorpecente deve ser considerada na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da Lei n.º 6.368/76, que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esse fundamento apresenta-se válido para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. A fixação das penas-base acima do mínimo legal para os crimes de tráfico e associação para o tráfico também restou suficientemente justificada, em razão do número de associados, do nível de organização das atividades do grupo e dos meios empregados na realização do comércio ilícito em larga escala,- via rede mundial de computadores e telefone, circunstâncias dos crimes que notoriamente extrapolam aquelas normais a espécie (Habeas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corpus nº 116.212/RJ, Rei. Ministra Laurita Vaz, publicado no Diário de Justiça da União em 14/06/2010). (grifo nosso)

Assim, plenamente justificável a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

3.2. Da causa especial de diminuição da pena

Questiona o Apelante o patamar usado na aplicação da causa especial de diminuição da pena, prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, aduzindo que merece a redução em 2/3 (dois terços).

Como é cediço, tal causa de diminuição deve ser sopesada em razão das circunstâncias fáticas do crime (quantidade de substância e utensílios apreendidos por exemplo) e da presença dos requisitos que atestem a primariedade, os bons antecedentes e não se dedicar o agente a atividades criminosas.

Então, observo que a Juíza sentenciante fundamentou acertadamente a diminuição de pena (fl.308):

Reconheço a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33 §4º da Lei nº 11 3434/06 - primariedade e bons antecedentes, ausência de prova da dedicação a atividades criminosas ou que integre organização criminosa - e com base nas circunstâncias subjetivas e objetivas previstas no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.3434/06, já analisadas, reduzo a pena em 1/3 (um terço), passando-a para 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 406 (quatrocentos e seis) dias-multa, (...)".

Portanto, sopesadas as circunstâncias previstas no artigo 59, do Código Penal, com a situação fática apresentada e, em conformidade com os artigos 42 e 33, §4º, ambos da Lei nº 11.343/2006, agiu acertadamente a Magistrada de piso, ao diminuir a pena no patamar de 1/3 (um terço).

4. Da Substituição da pena privativa por restritiva de direitos

O Apelante requer a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, eis que preenche os requisitos do artigo 44, incisos I, II e III, do Código Penal, para o seu cabimento.

Verifico que razão não assiste ao recorrente, pois o apenamento imposto decorre de sanção referente ao cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, ou seja, pertence àqueles equiparados a hediondo.

Necessário frisar que as penas alternativas são irremediavelmente conflitantes com os crimes tidos por hediondos. Desta forma, necessária a aplicação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena, por ser este o mais severo e, por isso, impedir, ainda que em tese, a continuidade da mercancia ilegal de drogas.

Manifesta-se no mesmo sentido a jurisprudência:

"(...) Impossível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, diante da vedação expressa contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Apelação Criminal, nº 24080429954, Relator Des. José Luiz Barreto Vivas, Segunda Câmara Criminal, Data da Publicação no Diário: 07/04/2010).

() Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, ante expressa vedação legal" (Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Apelação Criminal nº 48080221731, Relator Des. Pedro Valls Feu Rosa, Primeira Câmara Criminal, Data da Publicação no Diário: 28/06/2010).

"O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.464/07, que deu nova redação ao § 1º do art 2º da Lei 8.072/90. O art. 44 da Lei n.º 11.343/06 veda, expressamente, o sursis e a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos aos condenados pelos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º e 34 a 37 da nova Lei de Drogas" (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n° 144.915/MG, Rei. Ministra Laurita Vaz, publicado no Diário de Justiça da União em 28/06/2010).

Em parecer, a Douta Procuradoria ressaltou que (fl.383):

"() falível o pleito de substituição da reprimenda privativa de liberdade por outras restritivas de direitos, considerando que, embora as Cortes Superiores de Justiça tenham em alguns julgados, excepcionado a vedação contida no artigo 44 da Lei n 11 3434/06 - apesar desta posição ainda não ser pacífica -, na hipótese dos autos a pena imposta ao apelante supera o limite estabelecido no artigo 44, inciso I, do Código Penal, razão pela qual, ainda que se adotasse a novel interpretação jurisprudencial, in casu, incabível seria a substituição almejada no apelo".

Realmente, observo que o requisito do artigo 44, inciso I, do Código Penal, não restou preenchido pelo Apelante, o que seria razão bastante, por si só, para negar a conversão da pena privativa em restritiva, eis que os requisitos elencados no artigo são cumulativos.

Assim mesmo se houvesse tal preenchimento, ainda assim a substituição seria incabível por expressa disposição legal, quando tratar-se de crimes hediondos e equiparados a hediondos.

Conforme se depreende, o Juízo de primeiro grau, com aval do acórdão em xeque, valorou de forma desfavorável algumas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, louvando-se nas características do caso concreto e, fundamentalmente, no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, em face da quantidade de droga apreendida (cocaína e crack).

Nesse sentido, penso que justificado está o aumento na pena-base, 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 já decidiu esta Corte:

A quantidade da substância entorpecente apreendida é circunstância que, por si só, justifica o aumento da pena base acima do mínimo legal.

A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.

Nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, a natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas tanto na fixação da pena-base quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 175.747/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 13/12/2010)

O aumento da pena-base encontra-se plenamente justificado em elementos concretos extraídos dos autos. In casu, levou-se em consideração a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos.

(HC 93.922/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 14/06/2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE EXACERBADA COM MUITO RIGOR. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.

1. Corretas as decisões de primeiro e segundo grau, que reconhecem circunstâncias desfavoráveis ao réu, pela quantidade de droga apreendida, cerca de 260 gramas de "crack", e pela reincidência.

2. Aumento, todavia, exagerado, comportando redução.

3. Ordem concedida em parte.

(HC 129.259/DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/05/2010)

O mesmo raciocínio vale para o montante da causa especial de diminuição, pois concretamente fundamentada a redução na valoração das circunstâncias judiciais e na quantidade de droga, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 concluiu, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, mantida a pena maior de quatro anos, impossível é a substituição, porque não atendido o requisito temporal do art. 44 do Código Penal.

No tocante ao regime, como o fechado foi fixado apenas e tão-somente nos óbices legais, já ultrapassados pela jurisprudência, e já havendo trânsito em julgado, fica a estipulação de outro, menos gravoso, relegado ao juízo da execução.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** tão somente para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0072259-5

HC 202.325 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 48080123440

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 : EVELINE ASCENCIO GALDIN KOKOT - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : NILSON DAS NEVES

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

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 e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.