



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.870 - DF (2011/0051620-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JOSÉ PEDRO DE CASTRO BARRETO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : MARIA ALVES ESTEVES
PACIENTE : LEONARDO PESSOA DE MOURA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 6.368/76. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PACIENTE VARÃO. AUSÊNCIA DE EXAME PELA CORTE ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO NESSE PONTO QUANTO A ELE.

1. Inviável a análise, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da apontada ilegalidade referente à fixação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista que essa questão não foi apreciada pela instância de origem, mesmo porque deixou de ser levantada nas razões de apelação, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

DOSIMETRIA. SANÇÃO BÁSICA. PACIENTE MULHER. CULPABILIDADE. DESFAVORABILIDADE. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

1. Inviável considerar-se ilegal o acórdão objurgado no ponto que manteve a reprimenda básica irrogada à paciente acima do mínimo legal em razão da culpabilidade, haja vista a existência de fundamentação concreta justificando a conclusão pela elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, especialmente em se considerando a natureza e quantidade de droga apreendida - 10 (dez) latas contendo merla, cocaína em forma de pasta.

NARCOTRÁFICO. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza e a considerável quantidade de substância entorpecente apreendida em poder dos pacientes - **10 (dez) latas contendo "merla"**.

3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO MAIS GRAVOSO, DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PATENTEADO.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação, em tese, de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n. 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. Considerando o *quantum* de pena fixado aos pacientes - 2 anos e 11 meses de reclusão - e levando-se em conta que somente uma circunstância judicial foi tida como desfavorável, mostra-se desproporcional a fixação do modo inicialmente fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

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. PACIENTE VARÃO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PREJUDICIALIDADE. PACIENTE MULHER. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. NOCIVIDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Tendo o paciente varão alcançado a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas por decisão posterior do Juízo da Execução, nos autos da ação penal em questão, prejudicado o habeas corpus no ponto em que pretende o benefício.

3. Evidenciada a gravidade concreta do delito cometido, dada a nocividade e a quantidade de droga apreendida, circunstâncias que demonstram 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 no tocante à paciente.

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, julgado prejudicado no tocante à aventada ilegalidade em razão da negativa de substituição da pena reclusiva por medidas alternativas em relação ao paciente LEONARDO PESSOA DE MOURA, e concedido parcialmente tão-somente para fixar o regime semiaberto para a execução da reprimenda imposta aos pacientes, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o aresto objurgado.

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, conhecer parcialmente do writ e, nessa parte, julgá-lo prejudicado e, no mais, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.870 - DF (2011/0051620-9)

IMPETRANTE : JOSÉ PEDRO DE CASTRO BARRETO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : MARIA ALVES ESTEVES
PACIENTE : LEONARDO PESSOA DE MOURA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor LEONARDO PESSOA DE MOURA e de MARIA ALVES ESTEVES, contra acórdão proferido pela 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, no julgamento da Apelação Criminal n.º 2005.01.1.084650-9, interposta pela defesa, deu-lhe parcial provimento, para, afastando a causa de aumento da pena prevista no art. 18, inciso III, da Lei de Drogas, reduzir a pena imposta à cada paciente para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais pagamento de multa, e, na sequência, continuando o julgamento do recurso, novamente deu-lhe parcial provimento tão-somente para minorar as penas impostas aos pacientes de 1/6 (um sexto), ante o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06, tornando-as definitivas em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, mais multa, em razão da prática do delito tipificado no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76.

Alegam os impetrantes que os pacientes são vítimas de constrangimento ilegal, haja vista a não redução das penas-bases ao patamar mínimo legal, a necessidade da incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em sua fração máxima e a fixação do regime prisional aberto ou, subsidiariamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Asseveram que a gravidez da apenada à época dos fatos criminosos, o concurso de agentes no delito em comento, a difusão de grande quantidade de entorpecentes e o alto grau de nocividade das substâncias apreendidas não poderiam servir de fundamento para a elevação da reprimenda base.

Afirmam que a análise da natureza e quantidade da droga apreendida já teria sido realizada quando da fixação da pena-base, não podendo novamente ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

analisada para servir de fundamento para a não aplicação da causa de diminuição em comento na fração de 2/3 (dois terços), sob pena de *bis in idem*.

Aduzem que os pacientes são primários, possuem bons antecedentes, não se dedicam a atividades criminosas e não integram organização criminosa.

Sustentam que, na espécie, não poderia haver a valoração da gravidade em abstrato do delito praticado pelos condenados.

Ressaltam que seria cabível a fixação do modo aberto de execução criminal ou a substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", e art. 44, ambos do CP.

Observam que o STF teria declarado a inconstitucionalidade do art. 33, § 4º, e 44 da Lei n.º 11.343/06, na parte que vedava a substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

Defendem a obediência às Súmulas 440 desta Corte Superior e 718 e 719 do STF, no tocante ao regime de execução.

Pugnam, liminarmente, pela expedição de salvo-conduto em favor dos pacientes até o julgamento final do presente *mandamus*. No mérito, pugnam pela:

- a) redução ao mínimo legal da pena-base cominada aos réus;
- b) aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em sua fração máxima de 2/3 (dois terços); e
- c) fixação do regime aberto de cumprimento de pena ou, subsidiariamente, a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram prestadas.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, apenas para alterar para o semiaberto o regime inicial de desconto da reprimenda dos pacientes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobreveio pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a tutela de urgência, o qual findou não acolhido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.870 - DF (2011/0051620-9)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

Da análise dos autos, verifica-se que cada paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais multa, pela prática da conduta descrita no artigo 12, *caput*, c/c art. 18, inciso III, ambos da Lei n.º 6.368/76, porque, no dia 23-8-2005, foram flagrados associados com o fim de transportar, entregar e fornecer 10 (dez) latas da substância entorpecente vulgarmente conhecida por "merla", que contém em sua composição "cocaína" (fls. 56).

Inconformados, ambos os réus apelaram perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso apenas para, afastando a causa de aumento da pena prevista no art. 18, inciso III, da Lei de Drogas, reduzir a pena imposta à cada paciente para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 50 (cinquenta) dias-multa, mantido, no mais, o édito condenatório.

De se esclarecer que, no tocante à MARIA ALVES ESTEVES, houve o julgamento do HC nº. 129.706/DF, em que esta colenda Quinta Turma houve por bem conhecer parcialmente do *writ* e, nessa extensão, conceder a ordem para determinar ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que se manifestasse acerca do eventual preenchimento, pela paciente, dos requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecê-la.

Continuando no julgamento da Apelação Criminal n.º 2005.01.1.084650-9, após esta Corte Superior haver concedido a ordem no HC nº 123.075/DF, "para determinar ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios se manifestasse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acerca do eventual preenchimento dos requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer o paciente", no caso, LEONARDO PESSOA DE MOURA (fls. 149), por unanimidade, o Tribunal a quo deu parcial provimento ao apelos, reduzindo as penas impostas aos pacientes em 1/6 (um sexto), com base na causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, tornando-as definitivas em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais multa, a serem cumpridas no regime inicial fechado.

Inicialmente, no que tange à alegada inadequação da pena-base fixada para LEONARDO PESSOA DE MOURA, cumpre esclarecer que, da leitura do acórdão objurgado, verifica-se que a Corte de origem, quando do julgamento do recurso de apelação ora impugnado, não analisou a questão, até porque tal matéria não foi objeto do seu apelo defensivo.

Assim, verificando-se que a questão referente à ilegalidade da exasperação da reprimenda básica imposta ao referido paciente não foi objeto de exame pelo Tribunal Estadual quando do julgamento do apelo defensivo, ora impugnado, inviável a apreciação dessa matéria **diretamente** por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE JUSTA PARA MANUTENÇÃO DO CÁRCERE. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. TESES NÃO ANALISADAS NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RELAXAMENTO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.

I. Sobressai a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para a análise da impetração - sob pena de indevida supressão de instância - quando os argumentos da irresignação, alegados no mandamus, não foram objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo. Precedente.

II. Na hipótese, o paciente foi preso em flagrante por delito de natureza permanente, que admite várias circunstâncias ensejadoras da detenção, por se prolongar no tempo, sendo defeso o acolhimento da tese manejada na via estreita do habeas corpus, quanto à negativa de autoria ou participação na empreitada delituosa, por demandar necessária valoração fática das provas coligidas na investigação criminal, o que é vedado no remédio heróico, caracterizado por cognição sumária e rito célere.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem.

(HC 166.834/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011)

Já quanto à MARIA ALVES ESTEVES, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho da sentença condenatória relativo à primeira etapa da dosimetria, *verbis*:

MARIA ESTEVES é primária e goza de bons antecedentes. Pesam contra si o fato de mesmo grávida, não hesitou em dar continuidade à atividade criminosa do seu irmão. Para tanto, contou com a ajuda do seu namorado, mas sem abrir mão do comando da situação. A quantidade de droga que difundiu também não pode ser desprezada, assim como a natureza do entorpecente. Trata-se de psicotrópico conhecido como merla, cujo princípio ativo é o alcalóide de cocaína. Tal substância tem um forte efeito alucinógeno, causa atrofia muscular com o uso continuado e um quadro de dependência aguda em curto espaço de tempo. Tudo isso aumenta o grau de censura. As demais condições judiciais são favoráveis. Sua condição sócio-econômica não foi apurada, mas sobressai dos autos que era entrevistadora do IBOPE. Considerando que a pena deve ter por escopo a ressocialização do infrator, assim como servir de punição e desestímulo para que não volte a delinquir, fixo a sua pena-base em 3 anos e 6 meses de reclusão e no pagamento de 50 dias-multa. (fls. 85)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a pena-base irrogada à paciente, considerando que o "*aumento da reprimenda em seis (6) meses na primeira fase da dosimetria encontra-se fundamentado pelo douto magistrado sentenciante*" principalmente porque "*as circunstâncias judiciais não são de todo favoráveis à acusada*" (fls. 101/102).

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

No caso, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória e do acórdão objurgado, verifica-se que as instâncias ordinárias, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, consideraram desfavorável à paciente apenas a referente à culpabilidade, destacando, ainda, a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7. ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que o que motivou a instância de origem a exasperar a sanção-base da condenada foi o alto grau de reprovabilidade da sua conduta que, mesmo estando grávida, não hesitou em dar continuidade à atividade delituosa exercida pelo seu irmão, que se encontrava preso na data dos fatos, cumprindo pena por tráfico de drogas, tomando para si a coordenação da atividade delitiva anteriormente por este exercida, sendo presa em flagrante na posse de 10 (dez) latas contendo "merla, com peso total de 139,34 gramas, consoante Laudo de Exame em Substância acostado a fls. 155 - droga que apresenta elevado grau de nocividade, eis que se trata de *cocaína* na forma de pasta -, conforme bem explicitado pelo juiz sentenciante no édito condenatório, circunstâncias que, à toda evidência, justificam uma maior apenação na primeira etapa da dosimetria.

Por essas razões não há como se considerar ilegal o acórdão objurgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no ponto que manteve a reprimenda básica de MARIA ALVES ESTEVES, aplicada apenas 6 (seis) meses acima do mínimo legal.

Quanto à pretendida aplicação da minorante insculpida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3 (dois terços), e não em **1/6 (um sexto)**, como procedido pela Corte impetrada, cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, *"[...] se o legislador não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição, impõe-se como critério a observância das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, como também, e com preponderância, as dispostas no art. 42 da Lei Antidrogas. Assim, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução"* (AgRg no HC n.º 145.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP -, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010).

Vale dizer, o legislador previu 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, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena 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"*.

In casu, verifica-se que o Tribunal *a quo* entendeu devida a incidência da fração de 1/6 (um terço) para a redução da pena, sob o argumento de que *"militam contra os sentenciados tanto a natureza da droga ("merla" - alcalóide de cocaína) como a sua significativa quantidade (dez latas), que não correspondem a tráfico pequeno"* (fls. 150).

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que fixou o patamar mínimo de redução prevista pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista que a natureza e a considerável quantidade de droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida em poder dos pacientes - **10 (dez) latas contendo a substância vulgarmente conhecida como 'merla', pesando ao todo 139,34 gramas** - justificam a aplicação da menor fração prevista pela lei, qual seja, em 1/6 (um sexto), sobretudo em razão da alta nocividade da substância, pois se trata de *cocaína* em forma de pasta.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

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.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o Paciente, conforme observado na sentença condenatória, não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal. Precedente.

6. Ordem denegada.

(HC 178.964/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 22/08/2011 - destacamos)

Apenas ressalte-se que, ao contrário do afirmado na impetração, não se pode dizer que implica *bis in idem* a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

1. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. 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 minorante prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n. 1.069.767/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009). (Grifos próprios).

Assim, ausente constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto.

No que se refere ao regime de cumprimento de pena imposto aos pacientes, o juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo integralmente fechado "nos termos da Lei nº 8.072/90" (fls. 87), o que foi alterado pela Corte impetrada no julgamento da Apelação, restando fixado o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda.

Consta da exordial acusatória que o crime de tráfico de drogas imputado aos pacientes ocorreu em **23-8-2005**, antes, portanto, do advento da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

Com efeito, ante a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, passou a ser perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação, em tese, de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n.º 11.464/07 atingir somente os casos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posteriores à sua entrada em vigor, como reiteradamente vem orientando este Superior Tribunal.

Nessa direção, tem-se:

PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. REGIME ABERTO INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 PELO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que preconizava o cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos em regime integralmente fechado, restou possibilitada a execução da sentença penal condenatória desses feitos pelos outros regimes prisionais previstos no ordenamento jurídico para a pena de reclusão, disciplinados no art. 33 do Código Penal (fechado, semi-aberto e aberto), bem como a progressão para o sistema mais brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP.

2. Assim sendo, em se tratando de crimes hediondos, para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada, faz-se necessário que a pena-base seja fixada acima do mínimo legal, por meio de motivação idônea, com demonstração concreta das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que, necessariamente, devem ser desfavoráveis ao réu, para a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Esse entendimento, todavia, no que tange aos delitos relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, só tem aplicação aos tipos cometidos anteriormente à vigência da Lei 11.464, de 28/3/07, haja vista que esse diploma legal preconizou que nos crimes dessa espécie a pena deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado.

4. Considerando que, no caso concreto, (a) a traficância antecedeu a citada alteração legislativa, (b) o réu é primário e (c) a pena-base foi fixada no mínimo legal (por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu), impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda aplicada por tráfico ilegal de drogas, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal.

5. Ordem concedida. (HC n.º 60523/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, j. em 25-10-2007)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: EXECUÇÃO. Criminal. Pena. Tráfico de drogas. Regime inicial fechado. Incidência do art. 2, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação determinada pela Lei nº 11.464/07. Fato ocorrido antes da vigência da lei. Retroatividade de lei penal mais gravosa. Inadmissibilidade. Reclusão por tempo inferior a 4 (quatro) anos. Incidência do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal. HC concedido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aplicação da súmula 719.

A garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa impõe a aplicação, aos fatos praticados antes da edição da Lei n.º 11.464/07, da regra geral do art. 33, § 2, 'b', do Código Penal, para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena." (HC n.º 98.365/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 15-12-2009, DJe 12-2-2010)

Desta forma, perfeitamente possível a fixação, em tese, de regime inicial menos severo que o fechado aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes cometido antes do advento da Lei n.º 11.464/07, devendo ser observado, para a escolha do modo de cumprimento de pena, o disposto nos arts. 33 e 59 do CP.

Na hipótese que se apresenta, verifica-se que apenas uma circunstância judicial foi considerada desfavorável à paciente - a da culpabilidade -, o que evidencia que o regime mais severo mostra-se, por certo, exagerado e desproporcional, de maneira que, observado o *quantum* de pena definitivamente irrogado aos agentes - 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão - ou seja, não superior a 4 (quatro) anos, devida a imposição do modo inicial **semiaberto**, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do CP.

Quanto à almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mister destacar que, em relação ao paciente LEONARDO, o pedido encontra-se **prejudicado**, visto que o Juízo das Execuções competente já deferiu o pleito, consoante decisão acostada a fls. 279-281 dos autos, datada de 18-7-2011.

Assim, há que se analisar a ilegalidade tão-somente no tocante à MARIA ALVES ESTEVES.

Este Superior Tribunal, ao tratar da matéria, vem destacando a possibilidade da permuta nos delitos cometidos na vigência da Lei n. 6.368/76, 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 ainda a superveniência da edição e entrada em vigor da Lei 11.343/06, que legalizou a possibilidade de progressão, pelo que não mais subsistiria o fundamento para impedir a permuta, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados desta colenda Turma:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ PRIMÁRIA, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

"1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, resta afastado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos.

"2. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis à ré, estando a pena-base fixada no mínimo legal, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

"3. Uma vez afastado o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

"4. Sendo a condenada por crime perpetrado sem violência ou grave ameaça, reconhecidamente primária e de bons antecedentes, faz jus à substituição da pena corporal. Não exsurge como fundamento idôneo para negar ao condenado a aplicação de pena alternativa a impressão pessoal dos julgadores acerca da gravidade abstrata do delito. Precedentes.

"5. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, a quem caberá, atendidos os requisitos subjetivos e objetivos, decidir sobre o deferimento da substituição das penas, nos exatos termos do art. 44 do Código Penal" (HC n. 92.689/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 27-3-2008).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF [...] CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO.

"1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, fica afastado o óbice que impedia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

"2. Com a edição da nova lei de tóxicos, vedou-se, expressamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a concessão da substituição da pena no tráfico ilícito de entorpecentes (art. 44, da Lei nº 11.343/06). Tal vedação, por ser prejudicial ao réu, não pode retroagir, de modo que na época da condenação não havia qualquer empecilho legal quanto à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados, o qual residia no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado.

"[...].

"5. Ordem concedida para, concedendo ao Paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação, reformar o acórdão proferido pelo Tribunal a quo e a sentença condenatória na parte relativa à imposição do regime integralmente fechado, determinando-se, ainda, que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame dos requisitos objetivos e subjetivos autorizadores do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos [...]" (HC n. 65.996/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, j. em 27-2-2007).

Contudo, na hipótese, observa-se que a Corte Estadual entendeu inviável proceder-se à permuta, tendo em vista que:

Reconheço inviável a possibilidade de conversão da pena corporal em restritiva de direitos, porque presente o óbice do inciso III do artigo 44 do Código Penal, de vez que não se mostra adequada tal conversão à prevenção do crime de tráfico de entorpecentes nem é socialmente recomendável, pena de se estimular tal conduta.

[...]

Ademais, não se trata de pequeno tráfico, porque, como salientado, a quantidade e a natureza da droga (10 latas de merla) induzem tráfico de razoável proporção, o que, concretamente, contraindica o benefício. (fls. 151)

Com efeito, dispõe o art. 44 do Estatuto Repressivo que, verbis:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.
(grifos nossos)

Ou seja, dita o art. 44, III, do Código Penal, que a pena privativa de liberdade **poderá** ser convertida em restritivas de direito somente quando, após a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verificação do preenchimento dos requisitos objetivos, "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".

Deste dispositivo, infere-se que o legislador optou por deixar ao arbítrio do julgador, dentro de seu prudente critério, a deliberação sobre a possibilidade ou não de se converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo como base as circunstâncias elencadas no art. 59 do CP.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que foi negada aos acusados a almejada substituição da sanção reclusiva por penas alternativas diante do não preenchimento dos requisitos subjetivos legalmente exigidos, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela natureza e significativa quantidade de droga encontrada, o que demonstrava que, *in casu*, a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

Nesse norte, o seguinte precedente, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. PACIENTES CONDENADOS A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO E SESSENTA DIAS MULTA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONVERSÃO DE PENA NÃO RECOMENDÁVEL.

1. Não é possível, nesta sede, desconstituir o decidido pela Corte de origem, a qual, em acórdão suficientemente motivado, entendeu tratar-se o caso de tráfico de drogas, não de porte para consumo.

2. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

3. No caso, os pacientes são primários e lhes foi desfavorável apenas uma circunstância judicial, isto é, a culpabilidade. Por isso, tem-se por razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto, suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

4. Mesma sorte não lhes assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a quantidade de droga apreendida não recomenda o benefício.

5. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 144.476/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 14/02/2011 - destacamos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, evidenciada a gravidade concreta do delito cometido, dada a nocividade e a quantidade de entorpecente apreendido, inviável acoirar 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.

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, julga-se-o prejudicado no tocante à aventada ilegalidade em razão da negativa de substituição da pena reclusiva por medidas alternativas em relação ao paciente LEONARDO PESSOA DE MOURA, e, no mais, concede-se parcialmente a ordem, tão-somente para fixar o regime semiaberto para a execução da reprimenda imposta aos pacientes, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o aresto objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0051620-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.870 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20050110846509 8465092005

EM MESA

JULGADO: 20/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 : JOSÉ PEDRO DE CASTRO BARRETO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : MARIA ALVES ESTEVES

PACIENTE : LEONARDO PESSOA DE MOURA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do writ e, nessa parte, julgou-o prejudicado e, no mais, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.