



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.876 - SP (2011/0010961-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ANDRÉ CADURIN CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAILSON DE ARAUJO NONATO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.
2. Fixado no acórdão da apelação, com base nos fatos, que a paciente se dedica à atividade criminosa, é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.
3. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação de regime inicial diferente do fechado e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essas benesses não se mostram razoáveis.
4. Condenado o ora paciente a 5 anos de reclusão, por tráfico de 88 (oitenta e oito) porções de cocaína, num total líquido de 74,8 gramas, o regime mais adequado é o fechado.
5. Assim também, pelo mesmo raciocínio, não se mostra razoável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.
6. 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 Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

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

Brasília, 14 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.876 - SP (2011/0010961-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ANDRÉ CADURIN CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAILSON DE ARAUJO NONATO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MAILSON DE ARAUJO NONATO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação 990.10.088435-2).

O paciente foi condenado em primeiro grau de jurisdição às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado e mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa como incurso no artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Inconformados, tanto o réu quanto o representante ministerial apelaram da r. decisão, tendo sido a sentença reformada pela 9ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em votação unânime, deu provimento ao recurso ministerial para afastar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Na presente impetração, o impetrante alega, em síntese, que o paciente preenche todos os requisitos exigidos para fazer incidir a causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Aduz que o Tribunal de origem equivocou-se por não aplicá-la, sob a alegação da quantidade e natureza da droga, requisitos não previstos no artigo em testilha.

Por fim, sublinha que, a bem da recente jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores, seria imperiosa, com a redução almejada, a fixação do regime inicial aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que presentes todas as condições para tanto.

Requer, liminarmente e no mérito, a incidência do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 na fração de 2/3, a modificação do regime inicial de cumprimento da pena e sua substituição por restritivas de direitos.

Indeferida a liminar (fls. 39).

Prestadas informações (fls. 54/74), os autos foram encaminhados ao Ministério Público, que opinou pela denegação da ordem (fls. 77/80).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.876 - SP (2011/0010961-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.
2. Fixado no acórdão da apelação, com base nos fatos, que a paciente se dedica à atividade criminosa, é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.
3. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação de regime inicial diferente do fechado e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essas benesses não se mostram razoáveis.
4. Condenado o ora paciente a 5 anos de reclusão, por tráfico de 88 (oitenta e oito) porções de cocaína, num total líquido de 74,8 gramas, o regime mais adequado é o fechado.
5. Assim também, pelo mesmo raciocínio, não se mostra razoável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.
6. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se, na presente impetração, o restabelecimento da decisão monocrática que aplicou a nova causa de diminuição da pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, bem como a modificação do regime inicial de cumprimento da pena e sua substituição por restritivas de direitos.

Colhe-se da denúncia que, em 1º/8/2009, o ora paciente "transportava consigo, para fins de comercialização ilícita, 88 (oitenta e oito) pinos de cocaína, contendo 74,8 gramas de substância entorpecente, capaz de determinar dependências físicas ou psíquicas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar" (fl. 16).

Ao fixar a pena do paciente o magistrado sentenciante consignou, no que interessa à espécie (fls. 21/22):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O réu é primário e não ostenta antecedentes que desabonam sua conduta, assim, fixo a pena-base em seu mínimo legal, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, sendo que a menoridade do agente não possui o condão de diminuir a reprimenda abaixo do limite mínimo legal.

Aplico a causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, Lei 11.343/2006, perfazendo o total definitivo de um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa.

Fixo o regime fechado como inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos da Lei 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º, da Lei 8.072/90.

Já o Tribunal de origem deu provimento ao recurso do Ministério Público para afastar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, fixando a pena do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multas, aos seguintes fundamentos (fls. 30/31):

A quantidade de entorpecente apreendida, embora razoável, não autoriza a majoração das penas-base, mas, por outro lado, indica que o acusado não faz jus à redução de pena com fulcro no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Há que se considerar, a propósito, que, embora o réu seja primário e não ostente antecedente criminal (apenso de antecedentes), a quantidade e a natureza da droga apreendida, a teor do art. 239, do Cód. de Proc. Penal, constituem importantes indícios de que o acusado possui razoável envolvimento com a criminalidade organizada voltada ao comércio clandestino de drogas, indícios estes que, no âmbito do livre convencimento motivado, possuem o mesmo valor da direta.

Impõe-se, assim, seja afastada a redução de 2/3 (dois terços), operada com fulcro no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, de modo que as penas passam a perfazer 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Nesse contexto, a ordem não comporta concessão, porquanto o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

No caso, o acórdão impugnado invocou a natureza e quantidade das drogas apreendidas como indícios de que o acusado possui razoável envolvimento com a criminalidade organizada voltada ao comércio clandestino de drogas, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO. WRIT



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a análise, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, do almejado direito de o paciente recorrer em liberdade, tendo em vista que essa questão não foi apreciada pela instância de origem no aresto combatido, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA NESSE PONTO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que a Corte de origem levou em consideração a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - mais de 2 quilos de cocaína - não há constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CASSAÇÃO PELA CORTE ORIGINÁRIA. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NEGATIVA JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Embora tecnicamente primário e de bons antecedentes, infere-se que o acórdão combatido afastou a aplicação da causa especial de diminuição por considerar que o paciente integraria organização criminosa, o que demonstraria não ser merecedor da benesse almejada, justificando a negativa.

2. Para concluir-se que o condenado não integrava organização criminosa, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Impossível o exame, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que essa questão não foi apreciada pela instância de origem, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC 173.115/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. REFORMA DA SENTENÇA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONDENAÇÃO. EXPEDIÇÃO AUTOMÁTICA DE MANDADO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, pois concluído pelo Tribunal de origem que pertence a organização criminosa.

3. Para se chegar a conclusão diversa, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ.

4. Embora a reprimenda não alcance oito anos de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, diante das particularidades do caso ora em análise - quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos - 926 g (novecentos e vinte e seis gramas) de maconha e 5 (cinco) pontos de LSD.

5. Ultrapassado o limite de quatro anos, descabe falar em substituição por restritivas de direitos. Ainda que assim não o fosse, as mesmas diretrizes acima explicitadas inviabilizariam o benefício.

6. Na linha da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por força do princípio constitucional da presunção de inocência, configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão com base, tão somente, no esgotamento das instâncias ordinárias.

7. Habeas corpus parcialmente concedido para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado na ação penal aqui tratada.

(HC 189.432/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 01/07/2011).

No mais, 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O citado *writ* possui esta ementa:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE RÉGIME 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)

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.

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 expandido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei nº 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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

Contudo, na hipótese, tenho que o regime fechado se mostra condizente com a espécie, assim como não se faz presente a possibilidade de substituição.

É que foram apreendidos 88 (oitenta e oito) porções de cocaína, num total líquido de 74,8 gramas, razoável quantidade de drogas que não só impedem, mas, antes de mais nada, recomendam o regime mais gravoso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, constatação apta, também, a obstar a pretendida substituição da pena, até porque a pena (5 anos de reclusão) é maior de quatro anos.

Mais uma vez não há como fugir da incidência do art. 42 da Lei nº 11.343/2006 já mencionado.

Em caso análogo, fixei:

PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. GRANDE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. ART. 40, III DA LEI Nº 11.343/2006. IMEDIAÇÕES DE RODOVIÁRIA. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SEMIABERTO. INCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA E Sursis. IMPOSSIBILIDADE.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (quase duzentos gramas de crack), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme, inclusive, os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. A causa especial de aumento do art. 40, III da mesma Lei somente tem aplicação quando o tráfico ocorra em uma das situações específicas previstas, não admitindo analogia, pois trata-se de norma penal incriminadora, informada pela legalidade estrita.

3. Em razão de serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais, legitima-se a imposição de regime inicial mais gravoso (semiaberto), bem como a negativa da substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e também do *sursis*. Precedentes.

4. Ordem concedida em parte para, afastando a causa especial de aumento do art. 40, III da Lei nº 11.343/2006, fixar a pena final em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, e impor também o regime inicial semiaberto, mantida no mais a condenação.

(HC 135.889/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2011)

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0010961-6

HC 194.876 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 124209

50090609778

990100884352

EM MESA

JULGADO: 14/02/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRÉ CADURIN CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MAILSON DE ARAUJO NONATO

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 Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

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