



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.917 - RJ (2010/0141300-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : CELINA MARIA BRAGANÇA CAVALCANTE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MAXIMILIANO DAMACENO VIANA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. Concluído pelo Tribunal *a quo* que o paciente se dedica a atividade criminosa, não incide a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

2. Para se concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. Tendo a reprimenda final permanecido em 5 anos e 10 meses de reclusão, incabível a substituição da pena por medidas restritivas de direitos, bem como o regime inicial aberto. Considerada a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, o regime adequado à espécie é o fechado.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

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

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.917 - RJ (2010/0141300-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : CELINA MARIA BRAGANÇA CAVALCANTE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MAXIMILIANO DAMACENO VIANA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MAXIMILIANO DAMACENO VIANA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação nº 0014415-29.2009.8.19.0014).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa.

Narra a impetração que o Tribunal de origem negou provimento à apelação da Defesa, "deixando de aplicar a causa especial de diminuição de pena capitulada no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, considerando que o paciente supostamente estava envolvido com organização criminosa" (fl. 3). Eis os fundamentos do acórdão na parte que interessa (fls. 99/100):

É incabível, na hipótese dos autos, a aplicação do disposto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que os elementos de prova indicam que o recorrente Maximiliano não era apenas traficante ocasional. Pelo contrário, tais provas revelam que o mesmo se dedicava rotineiramente ao tráfico, como meio de prover a sua subsistência, estando, inclusive, associado a outros traficantes para a prática de tal atividade espúria. A vinculação do apelante com o comércio ilícito de drogas está retratada nas peças de fls. 20/31, em especial na de fls. 30/31, onde está esclarecido que ele "trabalha" com o traficante Vagner, vulgo "Magrão", que domina a hedionda atividade ilegal na localidade.

Igualmente, não há como se conceder ao recorrente Maximiliano a suspensão condicional da execução de sua pena, eis que o artigo 44 da Lei de Drogas também faz vedação expressa à concessão de tal benefício.

Por fim, o pedido de fixação do regime aberto ou do semiaberto para o cumprimento da pena corporal não pode ser provido. Assim é porque a Lei nº 11.464/07 não afastou do tráfico a natureza de crime hediondo, tendo apenas reconhecido a possibilidade de progressão de regime a seus executores, o que não inibe a imposição do regime fechado para o inicial cumprimento da pena.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo, em todos os seus termos, a sentença recorrida, pelos seus próprios fundamentos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dáí o presente *mandamus*, no qual a impetrante sustenta ser possível a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo, pois inexistem provas da participação do paciente em organização criminosa.

Sustenta que o tráfico privilegiado não é hediondo, devendo ser adequado o regime prisional para o aberto ou o semiaberto, bem como substituída a sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

Requer a redução da reprimenda em patamar máximo, a fixação do regime aberto e a substituição da pena por medidas restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 64/65.

Foram prestadas informações às fls. 73/100 e 132/195.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocuradora-Geral Raquel Elias Ferreira Dodge, pela denegação da ordem (fls. 198/204).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.917 - RJ (2010/0141300-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. Concluído pelo Tribunal *a quo* que o paciente se dedica a atividade criminosa, não incide a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.
2. Para se concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
3. Tendo a reprimenda final permanecido em 5 anos e 10 meses de reclusão, incabível a substituição da pena por medidas restritivas de direitos, bem como o regime inicial aberto. Considerada a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, o regime adequado à espécie é o fechado.
4. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca a impetrante, com o presente *mandamus*, em síntese: a) a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; b) o regime inicial aberto para o cumprimento da pena; c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Colhe-se da sentença condenatória, no que interessa (fls. 26/31):

Para ter direito à causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11 343/2006 é necessário o preenchimento dos requisitos descritos no referido artigo, quais sejam: ser primário o agente, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Tais requisitos são exigíveis cumulativamente, e, portanto, a ausência de quaisquer deles implica na inexistência de direito ao benefício da diminuição da pena.

(...)

A prova dos autos nos revela que o acusado se dedicava ao tráfico de drogas e assim não faz jus ao venéficio legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, compulsando a FAC do acusado acostada aos autos, verifico a existência de 04 (quatro) outras anotações penais, uma delas com sentença penal condenatória, o que evidencia sua personalidade voltada para a prática de crimes, de modo a afastar o reconhecimento do benefício.

(...)

Em atenção ao art 5º, inc. XLVI. da CRFB, passo à individualização e aplicação das penas, segundo o critério trifásico.

A FAC do acusado nos informa a existência de 04 (quatro) outras anotações penais, uma delas com sentença condenatória pendente de recurso, o que evidencia a péssima conduta social do acusado e sua personalidade voltada para a prática de crimes a justificar a imposição da pena acima do mínimo legal. Neste sentido:

(...)

Diante do exposto, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo previsto no art 49, § 1º, do Código Penal.

Não havendo causas de modificação, torno definitiva a pena acima fixada.

O regime é o fechado nos termos da Lei nº 11.464/07.

O acusado foi condenado a uma pena superior a 04 (quatro) anos e assim não se faz possível a substituição da pena na forma do art 44 do Código Penal.

Ainda que assim não fosse, na hipótese de aplicação da causa de diminuição prevista no art 33, § 4º da Lei 11.343/06, este Magistrado, aliado à corrente jurisprudencial dominante neste Tribunal de Justiça, entende incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, assim se manifestou (fls. 99/100):

É incabível, na hipótese dos autos, a aplicação do disposto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que os elementos de prova indicam que o recorrente Maximiliano não era apenas traficante ocasional. Pelo contrário, **tais provas revelam que o mesmo se dedicava rotineiramente ao tráfico, como meio de prover a sua subsistência, estando, inclusive, associado a outros traficantes para a prática de tal atividade espúria.** A vinculação do apelante com o comércio ilícito de drogas está retratada nas peças de fls. 20/31, em especial na de fls. 30/31, onde está esclarecido que ele "trabalha" com o traficante Vagner, vulgo "Magrão", que domina a hedionda atividade ilegal na localidade.

Igualmente, não há como se conceder ao recorrente Maximiliano a suspensão condicional da execução de sua pena, eis que o artigo 44 da Lei de Drogas também faz vedação expressa à concessão de tal benefício.

Por fim, o pedido de fixação do regime aberto ou do semiaberto para o cumprimento da pena corporal não pode ser provido. Assim é porque a Lei nº 11.464/07 não afastou do tráfico a natureza de crime hediondo, tendo apenas reconhecido a possibilidade de progressão de regime a seus executores, o que não inibe a imposição do regime fechado para o inicial cumprimento da pena.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo, em todos os seus termos, a sentença recorrida, pelos seus próprios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos.

Mister sublinhar, inicialmente, que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 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 dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, o julgado em xequê, com base nos fatos da causa, concluiu que o paciente "se dedicava rotineiramente ao tráfico, como meio de prover a sua subsistência, estando, inclusive, associado a outros traficantes para a prática de tal atividade espúria" (fl. 99), sendo, incabível a redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão - de que o paciente se dedica a atividades criminosas - não pode ser revista sem o necessário revolvimento no conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que é não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente porque foi apreendida elevada quantidade de droga em seu poder - aproximadamente 70 quilos de cocaína, distribuídos em 70 pacotes.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas nem seria integrante de organização voltada à prática de crimes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada.

(HC 206.837/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. VIA INADEQUADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. QUANTUM DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. 13 KG DE COCAÍNA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O writ não foi criado para a finalidade aqui empregada, de discutir a dosimetria da pena. Há que se utilizar o recurso cabível ou, após o trânsito em julgado, a revisão criminal, se for o caso. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

4. *In casu*, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, pois foram adotados fundamentos concretos para justificar a dosimetria da pena, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto. Foi ressaltada a grande quantidade de entorpecente apreendida (cerca de 13 kg de cocaína), bem como indicado que o paciente integra associação criminosa, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas. Sobre o tema, deve-se ter em conta o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, segundo o qual "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".

5. *Habeas corpus* denegado.

(HC 135.846/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. As penas-base dos réus foram fixadas fundamentadamente acima do mínimo legal em razão da expressiva quantidade de droga apreendida, em consonância com o art. 42 da Lei de Drogas, ressaltando-se, ainda, a existência de antecedente negativo quanto ao réu (...).

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora os pacientes sejam primários, não atendem ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que concluído pela instância ordinária que integram organização criminosa.

4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes do STJ e do STF.

5. Ordem denegada.

(HC 162.375/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 19/10/2011)

Do Supremo Tribunal Federal, colhem-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. 1. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 2. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA EM *HABEAS CORPUS*. 3. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Paciente que, nos termos do que assentado nas instâncias antecedentes, integra organização criminosa. Precedente.

2. Afastar a premissa de que o Paciente integra organização criminosa demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*.

3. Não há falar em contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República, pois, embora em sentido contrário à pretensão do ora Paciente, o juízo da 4ª Vara de Guarulhos/SP, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o Superior Tribunal de Justiça apresentaram suficiente fundamentação ao decidir pela inaplicabilidade da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Ordem denegada.

(HC 109.991/SP, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 07/12/2011)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA DO PARÁGRAFO 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *WRIT* DENEGADO.

(...)

6. Por fim, vale ressaltar que, para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

7. No caso concreto, por força dos estreitos limites do *habeas corpus*, não há como verificar se o paciente, efetivamente, não se dedicava às atividades criminosas, nem integrava organização criminosa.

8. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006).

9. *Writ* denegado.

(HC 98.766/MG, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 04/03/2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não sendo aplicada a aludida causa de diminuição, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto o acusado não preenche os requisitos do artigo 44 do Código Penal, *in 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 culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

(...)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. Se a pena-base imposta ao paciente já foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, falta interesse de agir à impetrante no tocante ao pedido de redução da pena-base ao piso previsto em lei.

2. Não há que se falar em substituição da pena, pois, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, somente faz jus a esse benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o que não se verificou no presente caso.

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC 186.978/ES, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 01/03/2011, DJe 11/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, inexiste, agora, qualquer empecilho legal quanto à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que acusado atenda os requisitos legais.

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

3. Não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delineadores do crime de tráfico de entorpecentes, não podem servir de fundamento na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vez que já considerados na escala da pena prevista em lei.

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

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente Andréia de Paula Melo.

(HC 53.397/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 279)

O mesmo raciocínio se aplica à pretendida fixação de regime aberto para o inicial cumprimento da reprimenda. Isso porque, não havendo qualquer diminuição da reprimenda, fixada em patamar superior a 4 anos, incabível o regime pretendido.

Insta salientar, por oportuno, que, embora a pena não supere 8 anos, o regime semiaberto não satisfaz a resposta penal, tendo em vista a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida: 03 (três) "sacolés" contendo cocaína e outros 11 (onze) sacolés desse mesmo material entorpecente, totalizando o peso de 7,8 g (sete gramas e oito decigramas) de cocaína, bem como 14,0 g (quatorze gramas) de "maconha" acondicionados em 20 (vinte) "sacolés" (fl. 8). Tais circunstâncias atraem a incidência do disposto no art. 42 da Lei de Drogas, segundo o qual 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, as peculiaridades do caso concreto não só impedem o regime mais brando, mas, antes de mais nada, recomendam regime mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta.

Dessarte, penso que, na situação *in casu*, o regime que se mostra razoável é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo o fechado.

Em caso análogo, fixei:

PENAL. TRÁFICO. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A quantidade apreendida da droga atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

2. Condenada a ora paciente por tráfico de grande quantidade de droga, 522,6 gramas de "maconha", o regime mais adequado é o fechado, embora a quantidade de pena seja de 1 ano e 8 meses de reclusão.

3. Ordem denegada.

(HC 169.075/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011)

Constata-se, portanto, que a insurgência não merece prosperar.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0141300-8

HC 180.917 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 144152920098190014 20090140143228

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 : CELINA MARIA BRAGANÇA CAVALCANTE - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MAXIMILIANO DAMACENO VIANA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.