



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.862 - SP (2010/0220979-5)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON TADEU SANTOS DE SOUZA
PACIENTE : LEANDRO MARINHO

EMENTA

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

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

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza, a diversidade e a considerável quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder dos pacientes - **13 (treze) papelotes de cocaína, com peso de 14,8 gramas (quatorze gramas e oito decigramas); 3 (três) papelotes de maconha, pesando 8,3 g (oito gramas e três decigramas); e 61 (sessenta e uma) pedras de crack, com peso de 25,6 g (vinte e cinco gramas e 6 decigramas).**

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.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Não preenchido o requisito objetivo para a concessão da permuta, já que a pena definitivamente estabelecida para cada paciente é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado no tocante à negativa de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

2. Ordem denegada.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.862 - SP (2010/0220979-5)

IMPETRANTE : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON TADEU SANTOS DE SOUZA
PACIENTE : LEANDRO MARINHO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de CLEITON TADEU SANTOS DE SOUZA e LEANDRO MARINHO contra acórdão da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal n.º 990.09.371028-5, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou os pacientes à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, dada a prática do delito previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto sendo os agentes primários, de bons antecedentes, não integrando organização criminosa e não se dedicando a atividades ilícitas, fariam jus à aplicabilidade da causa de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

Alega que a quantidade e a natureza dos entorpecentes já teriam sido valoradas na primeira etapa de fixação da pena-base, razão pela qual não poderiam influir no *quantum* de diminuição da terceira etapa da dosimetria, sob pena de *bis in idem*.

Defende que a imposição legal do regime inicial fechado aos condenados pela prática de tráfico ilícito de drogas, seria inconstitucional, por violação aos princípios da individualização das penas, da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Requeru, liminarmente, a imediata inserção dos pacientes no regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.862 - SP (2010/0220979-5)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que os pacientes foram condenados à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, dada à prática do delito previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 8-1-2009, traziam com eles, para fins de difusão ilícita, **13 (treze) invólucros plásticos contendo a substância entorpecente conhecida como cocaína, com peso total de 14,8 gramas (quatorze gramas e oito decigramas); 3 (três) invólucros plásticos contendo maconha, pesando 8,3 g (oito gramas e três decigramas); e 61 (sessenta e uma) pedras de crack, com peso total de 25,6 g (vinte e cinco gramas e 6 decigramas)** (e-STJ fls. 14-15).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

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 pelas instâncias ordinárias, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 juiz sentenciante entendeu devida a incidência da fração de 1/6 (um terço), *"considerando a quantidade e diversidade de drogas, a potencialidade lesiva do 'crack' e a ausência de vínculo empregatício"* (e-STJ fl. 28).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterado o *quantum* de redução de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, pelos seguintes fundamentos:

[...] Adequada a redução em virtude da quantidade, diversidade e natureza da droga apreendida e da ausência de comprovação inequívoca de vínculo empregatício, observado que o artigo 42 da Lei de Tóxicos impõe ao juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, daquele diploma legal. Não há qualquer ofensa aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. (e-STJ fls. 38-39)

Por essas razões, não se pode considerar ilegal a sentença condenatória no ponto em que não aplicou a fração máxima legalmente prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, nem o acórdão objurgado no ponto em que a manteve, tendo em vista que a natureza, a diversidade e a considerável quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente - **13 (treze) invólucros plásticos com cocaína, com peso total de 14,8 gramas (quatorze gramas e oito decigramas); 3 (três) invólucros plásticos contendo maconha, pesando 8,3 g (oito gramas e três decigramas); e 61 (sessenta e uma) pedras de crack, com peso total de 25,6 g (vinte e cinco gramas e 6 decigramas)** - justificam a aplicação da menor fração prevista pela lei, qual seja, em 1/6 (um sexto), sobretudo porque a nocividade das substâncias entorpecentes conhecidas como "cocaína" e "crack" é maior do que a de outras drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

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 do mesmo diploma legal.

2. Correta a aplicação da minorante em seu patamar mínimo, com fundamento na quantidade da droga apreendida (35 pedras de cocaína, na forma de crack, com peso líquido de 4,6 gramas), sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, ser este o quantum adequado, necessário e suficiente à reprovação do crime. Precedentes.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, não é obrigatório, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/07, o regime inicial fechado, devendo se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art.

33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe 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.

5. Ordem parcialmente concedida, a fim de estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

(HC 124.402/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 26/10/2009 - grifamos)

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, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado ao sentenciado, a Corte Estadual entendeu devida a imposição do modo inicialmente fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07 (e-STJ fls. 39).

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção imposta aos pacientes tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restaram condenados **ocorreu em 8-1-2009** (e-STJ fls. 14), após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007, que entrou em vigor no dia 29-3-2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.

Nesse sentido, o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). PENA: 2 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME INICIAL FECHADO E 275 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (1 BUCHA DE MACONHA E 11 PEDRAS DE CRACK). DELITO COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07 (13.08.2008). INADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. [...].

1. Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (11 pedras de crack e 1 bucha de maconha) justificam a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

2. **Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.**

[...]

10. Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de

conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. (HC n.º 187.962/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22-2-2011, DJe 21-3-2011)

Ainda, o seguinte precedente da Suprema Corte:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO.

1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal - seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado.

2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante.

3. Ordem denegada. (HC n.º 103.011/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 24-8-2010, DJe 10-9-2010)

Desta forma, também deve ser afastada a sustentada ilegalidade em relação ao modo inicial de cumprimento da pena.

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, igualmente não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena de cada paciente foi estabelecida definitivamente em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, ou seja, é superior a 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0220979-5

HC 191.862 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1572009

50090015096

990093710285

EM MESA

JULGADO: 18/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON TADEU SANTOS DE SOUZA
PACIENTE : LEANDRO MARINHO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.