



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.688 - RJ (2011/0033520-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WANDERSON SANTOS PEREIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. ASPECTOS OBJETIVOS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. 3. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. INVIABILIDADE. 4. ORDEM DENEGADA.

1. Com o advento da Lei 11.343/2006, tornou-se mais rigoroso o tratamento daqueles que se entregam com frequência ao comércio de entorpecentes, deixando o benefício da redução constante do § 4.º do art. 33 ao traficante eventual, desde de que seja primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

2. No caso em apreço, o Tribunal de origem negou ao paciente a aplicação da minorante pleiteada, por reconhecer que ele se dedica à atividade criminosa do tráfico, diante do montante da substância entorpecente apreendida, bem como pelo modo como estava acondicionada (com etiquetas apontando uma das facções criminosas mais antigas e conhecidas do país, o Comando Vermelho).

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

4. O reconhecimento da não incidência da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, implica na impossibilidade de substituição da aflição por restritiva de direitos, porquanto não atendido o requisito objetivo do inciso I do art. 44 do Código Penal.

5. 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 cominada ao delito de tráfico, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.

6. Na hipótese dos autos, no entanto, a conclusão de que o apenado se dedicava à traficância também deve ser levada em conta para o fim de fixar o regime mais gravoso, já que reclama maior intensidade na retribuição penal ao delito cometido.

7. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 17 de novembro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.688 - RJ (2011/0033520-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WANDERSON SANTOS PEREIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WANDERSON SANTOS PEREIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n.º 0016591-51.2009.8.19.0023).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 04 (quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do crime descrito no artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal *a quo*, em 27/1/2011, negado provimento ao apelo defensivo, nos termos da seguinte ementa (fl. 30):

APELAÇÃO. Crime de tráfico de drogas. Sentença condenatória. Pleito defensivo de absolvição por precariedade da prova da autoria. Impossibilidade. Prova oral contundente. Depoimento dos policiais. Validade. Incidência da Súmula 70 deste C. Tribunal. Apelante preso em flagrante delito por ter em depósito e guardar farta quantidade de cocaína, com embalagens etiquetadas com nome de famosa facção criminosa. Negativa dos fatos pelo apelante que restou isolada no contexto probatório dos autos. Pedido subsidiário de aplicação do redutor de pena do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11343/2006. Impossibilidade diante do envolvimento do apelante com menor e a grande quantidade de droga apreendida em seu poder, com etiqueta da facção criminosa C.V., o que aponta para possível envolvimento com organização criminosa. Recurso a que se nega provimento.

Daí o presente *mandamus*, em que a impetrante alega que o paciente faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006, bem como à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Afirma que o paciente é primário, possui bons antecedentes, não integra organização criminosa, nem se dedica à atividade criminosa, merecendo a redução da pena em seu mínimo legal.

Assevera que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n.º 11.343/2006.

Defende que o paciente preenche os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, mostrando-se suficiente a aplicação da pena restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta que há que ser fixado o regime menos gravoso para o cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

Requer, liminarmente e no mérito, que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo, bem como que a pena privativa de liberdade seja substituída pela restritiva de direitos.

Foram prestadas informações às fls. 56 e 59/74.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 78/83, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.688 - RJ (2011/0033520-2)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. ASPECTOS OBJETIVOS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. 3. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. INVIABILIDADE. 4. ORDEM DENEGADA.

1. Com o advento da Lei 11.343/2006, tornou-se mais rigoroso o tratamento daqueles que se entregam com frequência ao comércio de entorpecentes, deixando o benefício da redução constante do § 4.º do art. 33 ao traficante eventual, desde de que seja primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

2. No caso em apreço, o Tribunal de origem negou ao paciente a aplicação da minorante pleiteada, por reconhecer que ele se dedica à atividade criminosa do tráfico, diante do montante da substância entorpecente apreendida, bem como pelo modo como estava acondicionada (com etiquetas apontando uma das facções criminosas mais antigas e conhecidas do país, o Comando Vermelho).

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

4. O reconhecimento da não incidência da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, implica na impossibilidade de substituição da aflição por restritiva de direitos, porquanto não atendido o requisito objetivo do inciso I do art. 44 do Código Penal.

5. 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 cominada ao delito de tráfico, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.

6. Na hipótese dos autos, no entanto, a conclusão de que o apenado se dedicava à traficância também deve ser levada em conta para o fim de fixar o regime mais gravoso, já que reclama maior intensidade na retribuição penal ao delito cometido.

7. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Busca-se a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, subsidiariamente, a fixação de regime diverso do fechado.

A sentença condenatória, na parte que interessa, está assim fundamentada (fls. 27/28):

1ª Fase - O réu é primário e sem anotações criminais, não havendo motivos para que desmereça a pena-base em seu mínimo legal, a saber, 05 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, sendo o dia-multa no valor de um trigésimo do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, dadas as condições econômicas do acusado, pena esta que considero justa e necessária para a reprovação e prevenção do crime.

2ª Fase - O causado possuía 20 anos de idade na época dos fatos. Contudo, a pena na fase anterior já foi fixada no mínimo legal.

3ª Fase - Incide, *in casu*, a causa de aumento que é prevista no art. 40, inc. VI, da Lei 11.343/2006, uma vez que a mercancia de drogas envolvia adolescente. Assim, a pena fixada na 1ª fase é ora elevada de 1/6 (um sexto), com reflexo na pena de multa, o que resulta em 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 04 (quatro) dias de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, sendo o dia-multa no valor de um trigésimo do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, dadas as condições econômicas do acusado, corrigida até a data do efetivo pagamento.

Regime de pena - O regime de pena no crime de tráfico é o inicialmente fechado, pois se trata de crime equiparado a delito hediondo, conforme determina o § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação ora alterada pela Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007.

O acórdão, por sua vez, deixou de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, nos seguintes termos (fls. 36/37):

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de apreensão da droga, e pelos laudos prévio e definitivo, que atestaram tratar-se de 30,3g (trinta gramas e três decigramas) da substância entorpecente vulgarmente conhecida como cocaína, distribuídas em 65 (sessenta e decigramas) de substância vulgarmente conhecida como cocaína, distribuídas em 65 (sessenta e cinco) sacolés grampeados em uma das extremidades a um pedaço de papel com seguintes inscrições: "PITBULL C.V.R.L. PÓ R\$ 10" (fls.)

(...)

No que tange ao pedido de reconhecimento da causa de diminuição de pena do § 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006, compartilho dos fundamentos utilizados pelo douto magistrado sentenciante para deixar de aplicar a aludida causa especial de diminuição de pena.

Com efeito, em que pese a primariedade do apelante, as circunstâncias do caso concreto, bem como a quantidade da droga apreendida, não estão a indicar que o apelante estivesse iniciando sua vida no tráfico.

A redução de pena se destina ao traficante debutante, esporádico, e não para aquele que faz do tráfico seu meio de vida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O atuar criminoso e as circunstâncias do caso concreto evidenciam que a droga pertencia a uma das mais conhecidas facções criminosas de nosso país, o Comando Vermelho, diante do laudo pericial que descreve as etiquetas grampeadas nos invólucros plásticos.

Além disso, inexistente nos autos qualquer demonstração de que o apelante exerça atividade laborativa ou esteja estudando, mas sim sua atuação no crime desde tenra idade, já que mencionou em seu interrogatório de folhas 63/64, já ter sido condenado a cumprir medidas socioeducativas de semiliberdade por delito de tráfico.

Com o advento da Lei 11.343/2006, tornou-se mais rigoroso o tratamento daqueles que se entregam com frequência ao comércio de entorpecentes, deixando o benefício da redução constante do § 4º do art. 33 ao traficante eventual, desde de que seja primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso em apreço, conforme se constata das transcrições realizadas, o Tribunal de origem negou o benefício com base na grande quantidade de droga apreendida (30,3g de cocaína), bem como pelo modo como estava acondicionada (com etiquetas apontando uma das facção criminosa mais antigas e conhecidas do país, o Comando Vermelho), circunstâncias utilizadas para asseverar que o paciente dedica-se à atividade criminosa do tráfico.

Ir além disso, a fim de buscar e perscrutar outros elementos que corroborem a tese contrária, demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a estreita via do *writ*. Veja-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO. CONSIDERAÇÕES ABSTRATAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

2. Na hipótese, do modo em que avaliadas, a personalidade, a conduta social, motivo e circunstâncias do paciente não comportam a exasperação operada. Isso porque partiu o Magistrado de conclusões abstratas, imprestáveis para a elevação da sanção.

3. Contudo, existem circunstâncias judiciais desfavoráveis como a quantidade e o tipo de droga apreendida - 22,80 g de cocaína, acondicionada em 53 sacos plásticos - além de material de apoio ao tráfico e três armas de fogo municionadas, demonstrando o acentuado grau de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovabilidade de sua conduta, autorizando a fixação da pena-base acima do patamar mínimo, a saber, em 6 (seis) anos de reclusão.

4. 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 e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

5. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que concluído pelo Tribunal de origem que se dedica a atividades criminosas.

6. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ.

7. 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, posto a quantidade e o tipo de droga apreendida, o material de apoio ao tráfico, bem como as três armas de fogo devidamente municiadas.

8. 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.

9. Ordem parcialmente concedida para readequar a reprimenda recaída sobre o paciente, fixando-a, definitivamente, em 6 (seis) anos de reclusão, além de 600 (seiscentos) dias-multa, mantido o regime fechado para o início da expiação. (HC 174.679/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 19/09/2011)

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora a paciente seja primária e de bons antecedentes, as instâncias ordinárias negaram-lhe a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, circunstâncias que indicariam a sua ligação com atividades criminosas.

2. Para se concluir que a paciente não se dedicava à atividades ilícitas 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 203.494/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

Dessa forma, afigura-me devidamente justificada a não incidência da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, o que implica na impossibilidade de substituição da aflição por restritiva de direitos, porquanto não atendido o requisito objetivo do inciso I do art. 44 do Código Penal.

Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, convém tecer algumas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerações. É de ver que tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/2007 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 - foram superadas pelo Pretório Excelso em algumas decisões. 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)

O citado *writ* possui esta ementa:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida." (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

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. Nesse sentido: HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010.

Na hipótese dos autos, no entanto, vejo que o regime adequado, embora o *quantum* da pena não exceda a oito anos, deve ser o fechado, porque o fato de o apenado ter no tráfico o seu meio de vida, conforme firmou a instância ordinária, o afasta da previsão no art. 33, § 2º, b, do Código Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0033520-2

HC 197.688 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 165915120098190023 20090230168500

EM MESA

JULGADO: 17/11/2011

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WANDERSON SANTOS PEREIRA

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.