



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.981 - RJ (2010/0214338-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : VANIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CLAUDIO MOREIRA DA SILVA

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/2. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (26 sacolés de cocaína, 03 sacolés de maconha e 02 tabletes de maconha), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. Concretamente fundamentada a diminuição da pena (1/2), na terceira fase da dosimetria, dado o montante de droga, não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.

3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. No caso concreto não há direito à substituição, justamente pela incidência do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, em face da grande quantidade e variedade de drogas.

5. 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." O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 17 de maio de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.981 - RJ (2010/0214338-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : VANIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CLAUDIO MOREIRA DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de CLAUDIO MOREIRA DA SILVA, apontando como autoridade coatora a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n.º 0002964-94.2009.8.19.0082).

O paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, a 03 anos de reclusão, no regime inicial fechado, por prática descrita como tráfico (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006).

Manejada apelação, não foi provida, a teor da seguinte ementa (fls. 26/27):

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. Tráfico. Sentença condenatória. Absolvição. Insuficiência de provas. Não-verificação. Pena-base. Redução. Inviabilidade. Causa especial de redução das penas. Artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. Redução maior. Inaplicabilidade. Pena corporal. Substituição. Impossibilidade. Regime prisional. Atenuação. Inadmissibilidade. Custas processuais e taxa judiciária. Isenção. Descabimento. Demonstrando as provas dos autos que o agente mantinha em depósito as substâncias entorpecentes apreendidas, para fins de tráfico, incensurável se mostra a solução condenatória adotada. Nenhum reparo é de ser feito nas penas-base, estabelecidas um pouco acima dos mínimos legais, porém com a devida fundamentação, notadamente na elevada quantidade de substância entorpecente apreendida e na expressiva quantidade de material utilizado para a preparação e venda de drogas. Por outro lado, a redução, de 1/2 (metade), pelo reconhecimento da causa especial prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, está em sintonia com as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente. Também é incabível, na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante vedação legal expressa no artigo 44 da Lei de Drogas; além disso, tal substituição não se mostra, no caso, suficiente e socialmente recomendável, tendo em vista que o tráfico de substâncias entorpecentes, que continua a ser considerado crime hediondo, se transformou em incurável cancro que, danoso, se alastra na sociedade. Não há como se fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta ao apelante, uma vez que a incompreensível decisão do Supremo Tribunal Federal e a posterior Lei nº 11.464, de 28.03.07, não retiraram do tráfico a natureza de crime hediondo, tendo apenas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecido a possibilidade de progressão de regime a seus executores, o que não afasta a imposição do regime fechado. A condenação do agente no pagamento das custas processuais é decorrência lógica e direta da sucumbência (artigo 804 do Código de Processo Penal), devendo sua isenção ser pleiteada, na época própria, ao Juízo das Execuções."

Busca-se no presente *mandamus* a fixação da pena-base no mínimo legal, a redução da reprimenda pela incidência da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em seu grau máximo e a substituição da pena privativa de liberdade por alternativa (fl. 9).

Prestadas as informações (fls. 40/56), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 59/64).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.981 - RJ (2010/0214338-3)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/2. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (26 sacolés de cocaína, 03 sacolés de maconha e 02 tabletes de maconha), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. Concretamente fundamentada a diminuição da pena (1/2), na terceira fase da dosimetria, dado o montante de droga, não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.

3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. No caso concreto não há direito à substituição, justamente pela incidência do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, em face da grande quantidade e variedade de drogas.

5. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Como visto, três são as pretensões em exame: a) a redução da pena-base ao mínimo legal, b) a aplicação da causa especial de diminuição pelo máximo (2/3) e c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Vejamos o que disse a sentença (fls. 22/25):

Desse modo, a quantidade de pena privativa de liberdade a ser aplicada deve ser a estritamente necessária aos fins almejados, sob pena de se produzir efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado. Nesta esteira, a condenação do acusado por infração ao disposto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 é medida que se impõe, observada, porém, a causa de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33, a incidir em grau intermediário, diante da quantidade de material entorpecente apreendido em poder do réu, observado que não há nos autos prova de existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes criminais, o que favorece o acusado.

Em síntese: a conduta típica não está amparada em causa excludente de ilicitude, sendo o agente culpável - porquanto imputável -, possuindo consciência de que contrariava o ordenamento legal, e, nas condições em que o fato ocorreu, podia e devia agir em conformidade com as normas proibitivas contidas no tipo penal violado.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva deduzida na denúncia para CONDENAR CLÁUDIO MOREIRA DA SILVA por violação ao artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, com a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º do mesmo diploma legal.

Em atenção às diretrizes do artigo 68 do Código Penal e pelo exame das circunstâncias judiciais delineadas no artigo 59 do Código Penal, a fim de atender ao caráter de prevenção geral e especial da pena, considerando que é inarredável a conclusão de que o acusado não possuía ocupação lícita, numa inequívoca demonstração de que sua personalidade espelha uma menor sensibilidade aos valores ético-sociais e um efetivo desvio de caráter, sendo que tal crime não se constitui em um mero e acidental episódio em sua vida. **Esclareço que o réu agiu com culpabilidade extrema, diante da elevada quantidade de substâncias entorpecentes, salientando ainda a grande quantidade de material plástico utilizado para a preparação e venda de drogas, razão pela qual fixo a pena-base em 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO E 600 (SETECENTOS) DIAS-MULTA.**

Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes.

Em decorrência do reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, diminuo a sanção em METADE, alcançando a reprimenda, agora em definitivo, 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO E 300 (TREZENTOS) DIAS-MULTA.

(...)

Com fulcro no artigo 2º, inciso II, §1º, da Lei 8.072/90, é estabelecido o REGIME FECHADO para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade do réu por entender que a pena restritiva de direito, na espécie, é insuficiente para atender ao caráter preventivo-repressivo da sanção penal. Acrescento que a norma contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/06 veda expressamente a concessão de tal benefício, que, embora de caráter relativo, tem inteira aplicação na hipótese dos autos.

O acórdão, por sua vez, fixou (fls. 29/30):

Nenhum reparo é de ser feito nas penas-base, estabelecidas um pouco acima dos mínimos legais, porém com a devida fundamentação, notadamente na elevada quantidade e variedade de materiais entorpecentes apreendidos e na expressiva quantidade de material utilizado para a preparação e venda de drogas.

Por outro lado, a redução, de 1/2 (metade), pelo reconhecimento da causa especial prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, está em sintonia com as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelante, não merecendo, igualmente, reforma.

É incabível, na hipótese dos autos, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como pretendido pelo apelante Cláudio. Assim é porque, consoante se vê do disposto no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, o Legislador vedou, expressamente, a substituição pretendida aos executores dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, todos da mesma Lei Especial. **Além disso, ainda que fosse possível a substituição no caso dos presentes autos, esta não se mostra suficiente e recomendável, eis que o delito de tráfico de substâncias entorpecentes, crime hediondo, se transformou em um incurável cancro que, danoso, se alastra na sociedade, à qual causa problemas de toda ordem.**

De outro lado, não há como se fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta ao apelante, uma vez que a incompreensível decisão do STF no Habeas Corpus nº 82.959-7-SP e a posterior Lei nº 11.464, de 28.03.07, não retiraram do tráfico a natureza de crime hediondo, tendo apenas reconhecido a possibilidade de progressão de regime a seus executores, o que não afasta a imposição do regime fechado.

Por derradeiro, a condenação do apelante no pagamento das custas processuais é decorrência lógica e direta da sucumbência, tal como previsto no artigo 804 do Código de Processo Penal. A isenção do pagamento das custas é de ser deduzida na época própria, perante o Juízo das Execuções.

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

Conforme se depreende, o Juízo de primeiro grau, com aval do acórdão em xeque, louvando-se no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, aumentou a pena-base em face da grande quantidade e variedade de drogas apreendidas (26 sacolés de cocaína, 03 sacolés de maconha e 02 tabletes de maconha).

Nesse sentido, penso que justificado está o aumento na pena-base, pois esse é mesmo o espírito do mencionado dispositivo, que dispõe:

"Art. 42. 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 já decidiu esta Corte:

A quantidade da substância entorpecente apreendida é circunstância que, por si só, justifica o aumento da pena base acima do mínimo legal.

A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.

Nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, a natureza e a quantidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga devem ser consideradas tanto na fixação da pena-base quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

(HC 175.747/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 13/12/2010)

O aumento da pena-base encontra-se plenamente justificado em elementos concretos extraídos dos autos. In casu, levou-se em consideração a quantidade e a diversidade dos entorpecente apreendidos.

(HC 93.922/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 14/06/2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE EXACERBADA COM MUITO RIGOR. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.

1. Corretas as decisões de primeiro e segundo grau, que reconhecem circunstâncias desfavoráveis ao réu, pela quantidade de droga apreendida, cerca de 260 gramas de "crack", e pela reincidência.

2. Aumento, todavia, exagerado, comportando redução.

3. Ordem concedida em parte.

(HC 129.259/DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/05/2010)

O mesmo raciocínio vale para o montante da causa especial de diminuição, pois concretamente fundamentada a redução na quantidade de droga, fixar outro *quantum* demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho este julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, é certo que não se admite apenas e tão somente a invocação à vedação legal, devendo ser analisado o contexto dos autos e a quantidade de entorpecentes apreendido.

Como é cediço, a impossibilidade de substituição foi superada pelo Pretório Excelso, a 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

No mesmo sentido:

Tráfico de drogas: “sursis” e substituição de pena por restritiva de direitos

A 1ª Turma julgou prejudicado *habeas corpus* em que condenado à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime fechado e 166 dias-multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33), pleiteava a suspensão condicional da pena nos termos em que concedida pelo Tribunal de Justiça estadual. Em seguida, deferiu, de ofício, a ordem para reconhecer a possibilidade de o juiz competente substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei. A impetração questionava acórdão que, em 9.3.2010, ao dar provimento a recurso especial do *parquet*, não admitira o *sursis*, em virtude de expressa vedação legal. Consignou-se que, ao julgar o HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010), o Supremo concluíra, em 1º.9.2010, pela inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º; e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, ambos na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito em apreço. Asseverou-se, portanto, estar superado este impedimento. Salientou-se que a convalidação da reprimenda por restritiva de direitos seria mais favorável ao paciente. Ademais, observou-se que o art. 77, III, do CP estabelece a aplicabilidade de suspensão condicional da pena quando não indicada ou cabível a sua substituição por restritiva de direitos (CP, art. 44). HC 104361/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.5.2011. (HC-104361)

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, entendendo inconstitucional o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispositivo da Lei nº 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A esse respeito, o Senado Federal editou a Resolução nº 5, publicada no DOU de 16 de março de 2012, suspendendo a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

No caso concreto, a substituição foi analisada e negada pelo Tribunal, cumprindo destacar que a pena-base foi fixada acima do mínimo e há grande quantidade de droga, conforme já consignado, o que impede a benesse.

Esse é o norte adotado pela jurisprudência:

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. VARIEDADE E GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. REDUÇÃO DE 1/6. PRETENSÃO PELO MÁXIMO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO OCORRÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Concretamente fundamentada em um sexto a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, dada a apreensão de grande quantidade de drogas (10,455 Kg de maconha, 5,830 Kg de cocaína em pó e 90g de 'crack'), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para exasperar a pena-base e também para modular a quantidade de diminuição (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006), porquanto, além de ser disposição imperativa do art. 42 da mesma Lei, trata-se da utilização de um mesmo vetor em fases distintas da dosimetria, gerando efeitos diversos em cada uma delas, não ocorrendo, pois, a dupla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade. Ainda que assim não fosse, na espécie, a pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo sido a quantidade de drogas levada em conta só para a diminuição na fase final da dosimetria.

3. Nesta senda, mantidas a dosimetria do acórdão atacado, não há motivo plausível para fixar o regime aberto, tampouco substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, dada não só o montante da pena (maior de quatro anos), mas também e sobretudo, a gravidade concreta demonstrada pela variedade e vultosa quantidade de drogas.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 217.874/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 25/04/2012)

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REDUÇÃO DE 1/6. PRETENSÃO PELO MÁXIMO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. INVIABILIDADE. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA IMPRÓPRIA AO HABEAS CORPUS.

1. Concretamente fundamentada em metade (1/6) a diminuição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, na terceira fase da dosimetria, dada a apreensão de grande quantidade de droga (48 dosadores de cocaína), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto essa benesse não se mostra razoável, em razão do montante de pena (maior de quatro anos) e da quantidade de droga, na linha dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 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" .

3. A inconstitucionalidade da multa não é assunto para habeas corpus, notadamente porque a imposição desse tipo de pena não enseja qualquer ameaça ou violação ao direito de ir e vir.

4. Ordem denegada.

(HC 153.330/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 25/04/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. JUNTADA APÓS A SENTENÇA. NULIDADE NÃO VERIFICADA. LAUDO PRELIMINAR NÃO CONTESTADO. MATERIALIDADE COMPROVADA POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente condenada à pena de 03 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e mais 50 dias-multa pela prática do delito do art. 12, caput, da Lei n.º 6.368/1976, porque mantinha em depósito, para fins de mercancia ilícita, três tijolos de maconha, pesando 0,92g, outros três tijolos da mesma droga, com massa de 118g, e mais uma porção de 0,14g da mesma substância.

2. A juntada tardia do laudo definitivo não tem o condão de acarretar, no caso, a nulidade do feito, tendo em vista que não exerceu influência no julgamento, não havendo demonstração do prejuízo sofrido pela Defesa, porque a materialidade delitiva restou sobejamente demonstrada por outros meios probatórios.

3. Na espécie, embora a reprimenda não exceda a 04 anos de reclusão, não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena de prisão por sanção alternativa, em razão da grande quantidade de entorpecente apreendido em poder da Sentenciada.

4. Ordem denegada.

(HC 167.220/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 15/03/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0214338-3

HC 190.981 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090820030425 29649420098190082

EM MESA

JULGADO: 17/05/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO EDUARDO BUENO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VANIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : CLAUDIO MOREIRA DA SILVA

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."

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.