

***Habeas corpus* - Tráfico ilícito de entorpecentes - Causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Não incidência - Conclusão de que o paciente se dedica a atividade criminosa - Aferição - Revolvimento fático-probatório - Inviabilidade - Alteração de regime e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Possibilidade em tese - Caso concreto - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Ordem denegada**

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

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

3. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, no caso concreto, tal benesse não se mostra razoável, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente (natureza e quantidade de droga apreendida - 10,17 gramas de cocaína e 148,2 gramas de maconha -, maus antecedentes).

4. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 220.401-MG (2011/0235375-5)
- Relatora: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Advogada: Cláudia Marcela Nascimento Câmara Fernandes - Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: David Bernardes Moreira.

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 Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília, 27 de março de 2012 (data do julgamento).
- Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Relatora.

Relatório

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de David Bernardes Moreira, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal nº 1.0338.10.000540-8/001 e Embargos Infringentes e de Nulidade nº 1.0338.10.000540-8/002).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06, *ipsis litteris*:

Na espécie, assiste razão à d. Acusação, pois, a meu falível entendimento, as provas arrecadadas demonstram, de forma segura, que o Agente tinha como finalidade repassar o entorpecente a usuários.

Com efeito, o art. 28, § 2º, da Lei 11.343/06 fornece as diretrizes a serem seguidas pelo Julgador para a aferição da finalidade da droga, entre elas, a natureza e quantidade da substância, o local e as condições em que se desenvolveu a ação as circunstâncias da prisão, bem assim a conduta e os antecedentes do agente.

Pois bem, no caso em exame, no cotejo de tais diretrizes com as circunstâncias fáticas, chega-se à conclusão segura de que a droga se destinava à distribuição, pesando em desfavor do Acusado, de início, o fato de os policiais militares terem recebido diversas informações noticiando o seu envolvimento com o tráfico de drogas nesta Cidade, o que ensejou a expedição de mandado de busca e apreensão a ser realizado em sua residência, em cumprimento do qual a suspeita se

confirmou, com a localização de maconha e cocaína prontos para a comercialização.

A esse propósito, aliás, tem-se o relato seguro do militar Romilson José Rodrigues, ao esclarecer que ‘[...] se dirigiu até a residência da rua Rosa do Sacramento [...] a fim de cumprir um mandado de busca e apreensão e, ao chegar ali, encontrou em pé, na sala o acusado Ednaldo, em poder de quem foi encontrada uma bucha de entorpecente [...]; que Ednaldo declarou ter adquirido a referida droga do acusado David; que logo depois David saiu do quarto, ocasião em que foi abordado e, nas buscas subseqüentes, foram encontradas cento e quarenta e oito gramas de maconha e dez gramas de cocaína escondidas dentro de um tênis no interior de um guarda-roupa e em outros lugares...’ (f. 79).

Essa mesma testemunha ainda trouxe a relevante informação de que, ‘... ao ser questionado sobre as referidas drogas, o referido acusado admitiu que eram suas e que as tinha para venda [...]’ (f. 79).

A evidenciar a responsabilidade do Acusado, há ainda o relato seguro do usuário Ednaldo, que, em todas as ocasiões em que foi ouvido, admitiu ter adquirido uma bucha de maconha das mãos de David na data do fato, ao informar que ‘[...] realmente, no dia 19/12/06 [...], o declarante foi até a casa do acusado David, onde adquiriu uma bucha de maconha por cinco reais e essa foi a primeira vez que foi ali comprar droga; que ainda estava ali, quando chegou a pessoa de Toni, também para comprar droga, mas não chegou a fazê-lo, pois a polícia militar chegou logo depois e fez a prisão dos três [...]’ (f. 75).

Do mesmo modo, a testemunha Tony Maia declarou em Juízo que vinha adquirindo drogas do Acusado David semanalmente, há muito tempo, ao declarar que ‘[...] estava na casa do acusado David no dia e hora citados [...], quando chegaram ali policiais e, ao darem uma busca, encontraram em poder do acusado Ednaldo uma bucha de maconha [...]; que viu o acusado Ednaldo informar aos policiais, respondendo a pergunta desses, que tinha adquirido a droga encontrada em seu poder do acusado David, por cinco reais [...]; que admite, no entanto, ser usuário de maconha e que vinha adquirindo tal droga de David há aproximadamente três anos, ou seja, desde que o mesmo vinha morando no bairro Parque Jardim; que realmente o declarante adquiria drogas de David semanalmente e em quantidades pequenas [...]’ (f. 80).

De tal relato se extrai a relevante informação de estar o Acusado David comercializando drogas nesta Cidade há muitos anos, aparentemente fazendo de tal atividade o seu meio de vida.

Sobre os relatos dos usuários, é de se ressaltar que, no contexto de provas formado, devem prevalecer em relação à negativa do Acusado, mesmo porque, a uma, não há nos autos nenhum indício de que tivessem algum motivo para incriminarem-no falsamente, e, a duas, pois tal comportamento não lhes traria nenhum benefício.

Não bastassem tais constatações, a evidenciar a ocorrência do tráfico, há ainda o fato de os militares terem apreendido no interior da residência do Acusado quase 160 gramas de droga, quantidade excessiva para o consumo de uma pessoa sozinha, bem assim de R\$ 898,40 em dinheiro, repartido em cédulas de diversos valores, aparentemente recebidas em vendas anteriores, e de duas facas e um facão, objetos comumente usados por traficantes para manusear a droga.

Ante tal quadro, levando em conta as informações prévias obtidas pela Polícia, as circunstâncias em que o Acusado foi preso e em que a droga foi localizada, a apreensão de grande soma em dinheiro e o relato dos usuários, estou convencido de ter o Acusado David sido surpreendido, no dia e hora

citados na denúncia, no interior da residência situada na Rua Rosa do Sacramento, Bairro Itaunense, nesta Cidade, guardando, para fins de distribuição, 10,17 gramas de cocaína e 148,2 gramas de maconha.

É importante salientar, nesse ponto, que, para a configuração do crime previsto no art. 33, da Lei 11.343/06, não se considera como traficante apenas aquele que vende a droga, mas qualquer pessoa que contribui para a distribuição e circulação de substância entorpecente, praticando uma das várias condutas típicas do referido tipo penal, que é, no caso dos autos, a de guardar, para fins de distribuição, o entorpecente.

Estão presentes, portanto, na conduta do Acusado, todos os elementos integrantes do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pois incorreu em, pelo menos, uma das condutas típicas do art. 33, da Lei 11.343/06, qual seja de guardar droga, para fins de distribuição.

Pouco importa, na espécie, o fato de o Acusado ser pessoa viciada em substância entorpecente, pois não há dúvida de que, além de fazer uso estava ele comercializando a droga e é do entendimento jurisprudencial que 'A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade' (RJTJSP 101/498).

Por outro lado, a dependência do Acusado foi constatada através de exame próprio, que inclusive atestou ser ele, à época do fato, em razão dessa dependência relativamente incapaz de entender o caráter ilícito de seu comportamento, bem assim de se determinar de acordo com esse entendimento, em razão do que, reconheço em seu favor a causa de diminuição de pena do art. 46, da Lei 11.343/06, estipulando a redução na fração mínima de 1/3, tendo em vista o grau de discernimento apresentado pelo Agente no seu interrogatório judicial.

Quanto à causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não vejo como reconhecê-la em favor do Acusado, pois, embora seja ele tecnicamente primário já foi condenado nesta Comarca pela prática de outras infrações penais, circunstância que aliada às informações dando conta de seu envolvimento com o tráfico há algum tempo, é suficiente para autorizar a conclusão de que vinha se dedicando às atividades criminosas, provocando grandes danos à saúde pública.

Ante o exposto, outra alternativa não me resta senão declarar o Acusado incurso no art. 33, da Lei 11.343/06, passando a dosar a pena: o Acusado, de 44 anos à época do fato, apesar de primário, tem antecedentes criminais, pois já foi condenado e está sendo processado nesta Comarca pela prática de outras infrações penais (f. 38/46) evidenciando possuir personalidade com alguma propensão para a criminalidade, refratária às normas de convivência social, bem assim que as reprimendas anteriores não surtiram o efeito desejado em seu comportamento, dos pontos de vista educativo e ressocializador. Possui conduta social inadequada, pois não comprovou ocupação lícita, faz uso de drogas e há indícios de que vinha retirando o sustento do comércio de entorpecentes. As conseqüências, os motivos o dolo e demais circunstâncias específicas do crime me parecem próprios do evento, motivos por que fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, seis anos de reclusão e multa de 600 dias/multa ao valor mínimo, a qual, reduzida de 1/3, em face da causa de diminuição de pena reconhecida, fica concretizada em quatro anos de reclusão e multa de 400 dias/multa ao valor mínimo, à míngua de circunstâncias outras que possam modificá-la para mais ou para menos

Assim, e pelo mais que dos autos consta, julgo procedente a acusação para condenar o Acusado David Bernardes Moreira, qualificado no início e incurso no art. 33 da Lei 11.343/06, às penas de quatro anos de reclusão e multa de 400 dias/multa ao valor mínimo, ao pagamento das custas do processo, a ter o nome lançado no rol dos culpados e a ver suspensos os direitos políticos, mediante anotação na Justiça Eleitoral.

A pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente no regime fechado, conforme dispõe a nova redação emprestada à Lei nº 8.072/90.

Levando em conta que o Sentenciado, apesar de tecnicamente primário, já foi condenado nesta Comarca pela prática de outras infrações penais, circunstância esta que, aliada às informações no sentido de que vinha retirando seu sustento do comércio de drogas, não se podendo descartar a possibilidade de, em liberdade, encontrar os mesmos estímulos para continuar atuando nessa atividade e provocando danos ainda maiores à saúde pública, bem assim que respondeu ao processo preso, não havendo motivos para alteração desse *statu quo*, principalmente em face da presente decisão, quando já há um juízo de culpabilidade formado, e que lhe é desfavorável, mantenho a sua custódia cautelar, por estarem presentes os requisitos dos arts. 312 e 313, do CPP, notadamente por garantia da ordem pública.

Além disso, considerando que o crime de tráfico é equiparado a hediondo, circunstância que não autoriza a adoção de medidas alternativas à prisão, por inadequadas dos pontos de vista educativo e retributivo, deixo de proceder à substituição da pena corporal por restritiva de direitos (f. 127/130).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento, por maioria, em decisão assim fundamentada:

O Desembargador Relator deu parcial provimento ao recurso, aplicando o privilégio do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, alterando o regime e substituindo a pena corporal por restritiva de direitos.

Divirjo contudo de seu voto.

Inviável o reconhecimento do privilégio do artigo 33 § 4º da Lei 11.343/06, uma vez que, apesar de ser primário e de bons antecedentes conforme CAC de f. 38-40, resta evidenciado nos autos que o apelante se dedica à atividade criminosa.

Salientou o Des. Relator em seu voto que a testemunha Tony Maia esclarece à f. 80 que compra droga do apelante há aproximadamente três anos, o que torna claro que o mesmo se dedica ao tráfico.

Ressaltou ainda o Ministério Público em suas contrarrazões recursais:

'Realmente, o apelante sequer conseguiu produzir prova do exercício de ocupação lícita, circunstância que, aliada às informações trazidas pela testemunha Tony Maia, deixam claro que vinha ele retirando seu sustento do tráfico, através da sistemática venda de drogas' (f. 128-138).

O reconhecimento do privilégio, portanto, resta inviável, uma vez que o apelante não preenche os requisitos necessários, se dedicando à atividade criminosa.

Incabível desta forma a alteração do regime e substituição da pena por tratar-se o delito de tráfico de drogas de delito hediondo.

Ainda que a referida causa de diminuição fosse aplicável impossível seria a alteração do regime e substituição da pena. A causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente

quando for ele primário portador de bons antecedentes e não se dedique à atividade criminosa.

As figuras delitivas não consideradas hediondas são aquelas elencadas no artigo 33, § 2º e § 3º, da Lei de Drogas.

Sobre o tema leciona Guilherme de Souza Nucci:

‘[...] o fato de haver sido prevista uma causa de diminuição de pena para o traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações criminosas, não afasta a tipificação da sua conduta como incurso no art. 33, *caput* e § 1º, que são consideradas similares a infrações penais hediondas, conforme se pode observar pelas proibições enumeradas no art. 44 da Lei 11.343/06 (...)’ (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: 2009. p. 361).

O crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 é hediondo, razão pela qual se deve fixar o regime fechado como na sentença fustigada.

A substituição da pena corporal, por sua vez, ainda que reconhecidas as circunstâncias do tráfico privilegiado, é inadmissível *ut* artigos 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/06.

[...]

Ante o exposto nego provimento ao recurso.

É como voto (f. 182/187).

Opostos embargos infringentes e de nulidade, foram improvidos. Confira-se a ementa do *decisum*:

Embargos infringentes e de nulidade. Tráfico privilegiado. Delito equiparado a hediondo. Impossibilidade de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Vedação legal. Aplicação do privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Impossibilidade. Embargos infringentes rejeitados.

1 - A previsão da minorante para o traficante primário, de bons antecedentes e não possuidor de outras ligações criminosas, não afasta a tipificação de sua conduta no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, crime que é considerado equiparado a hediondo pelo art. 2º da Lei 8.072/90, o qual não faz qualquer ressalva quanto ao privilégio.

2 - Aos condenados pelo delito de tráfico privilegiado não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a existência de expressa vedação legal constante no próprio art. 33, § 4º, e art. 44, ambos da Lei 11.343/06.

3 - Não estando preenchidos os requisitos necessários, não há como conceder ao réu o benefício da redução da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (f. 227).

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega, inicialmente, que a existência de recurso próprio para impugnar o acórdão guerreado não configura óbice à impetração do *habeas corpus*, cujo manejo será viável sempre que alguém esteja sofrendo ou se encontre na iminência de sofrer restrição à sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Assevera que deve ser aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em sua fração máxima, é dizer, em 2/3 (dois terços) por ser o paciente primário e ante a diminuta quantidade de droga apreendida.

Argumenta que o paciente possui bons antecedentes e não se dedica às atividades criminosas, nem integra organização criminosa.

Invoca o princípio da presunção de inocência.

Afirma que, “sendo reconhecida a incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11343/06, tal crime não deve se enquadrar como incluso dentre aqueles elencados no rol de crime hediondos, conforme descrito no artigo 44 da mesma Lei”, porquanto “a Lei nº 8.072/90 não prevê a figura do tráfico privilegiado” (f. 6). Assim, a seu ver, seria possível o abrandamento do regime prisional.

Invoca o princípio da individualização da pena.

Sustenta, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que “a norma estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, padece de vício de inconstitucionalidade, na medida em que for aplicada para vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sem considerar as peculiaridades do caso concreto” (f. 8).

Alega que tal vedação configura ofensa aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Aduz que o paciente “preenche todos os requisitos objetivos e subjetivos estipulados no art. 44, do CP, quais sejam: pena privativa de liberdade inferior a 4 anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o recorrente não é reincidente em crime doloso, e, por fim, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu, bem como os motivos e as circunstâncias indicam que a pena alternativa é suficiente para sua reeducação” (f. 8).

Defende que “o art. 44 deve ser lido sob a luz da Constituição Federal, a qual não veda em nenhum momento a substituição ora pleiteada” (f. 8).

Requer a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, bem como seja alterado o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, e, ainda, seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Foram prestadas informações às f. 249/278, 280/285 e 288/291.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Célia Mendonça, pela concessão parcial da ordem, “apenas para afastar o óbice constante do § 4º do art. 33 e art. 44 da Lei 11.343/2006, ficando a cargo do Juízo da Execução a análise dos requisitos do art. 44 do Código Penal” (f. 296).

É o relatório.

Voto

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em patamar máximo, bem como a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da pena imposta ao paciente, e, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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

Na espécie, o julgado em xeque, com arrimo nos fatos da causa, concluiu, corroborando os termos da sentença condenatória, que o paciente se dedica às atividades criminosas, salientando, inclusive, que uma das testemunhas afirmou "que compra droga do apelante há aproximadamente três anos, o que torna claro que o mesmo se dedica ao tráfico" (f. 183).

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão - de que o paciente se dedica às práticas delitivas - 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:

Dosimetria da pena. Causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Requisitos subjetivos. Não preenchimento. Dedicção a 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 nº 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 a 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).

Habeas corpus. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes. Posse de 50 gramas de maconha. Causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Reconhecimento da dedicção a atividades criminosas. Ordem denegada.

1. A aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 foi rejeitada de forma fundamentada, tendo sido reconhecido, pelas instâncias ordinárias, que a paciente se dedica, de forma reiterada, ao comércio ilícito de drogas, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício, por se dedicar a atividades criminosas.

2. De mais a mais, é inviável a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da referida lei - associação estável ou de caráter permanente -, o que demonstra sua dedicção a atividades criminosas, no caso, relacionadas ao cometimento do crime de tráfico de drogas.

3. A conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo que seria necessário o revolvimento

aprofundado das provas constantes dos autos para se desconstituir o que ficou lá decidido, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do *habeas corpus*. (HC 197.815/SP, Sexta Turma, Relator Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, DJe de 28.06.2011).

Do Supremo Tribunal Federal, colho o seguinte julgado:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico ilícito de drogas. Impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Paciente que se dedica a atividade criminosas. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias. Decisão mantida pelo STJ. Atenuante da confissão espontânea. Aplicação. Inviabilidade. Recurso desprovido.

I - Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II - Neste caso, o juízo de primeiro grau deixou de aplicar a referida minorante por reconhecer o envolvimento do paciente com a marginalidade.

III - A discussão sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de *habeas corpus*, não se mostra possível, por tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes (RHC 103.556/SP, Relator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 25.5.2011).

Quanto ao pleito de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, convém esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, que fora alterado pela Lei nº 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no artigo 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo nº 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 nº 101.291/SP; Relator: Ministro Eros Grau; Julgamento: 24.11.2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12.02.2010).

Dessarte, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC nº 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.03.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC nº 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei nº 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Mister sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução nº 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei nº 11.343/06 referente à expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC nº 97.256.

Dessarte, reconhecida a possibilidade de substituição da pena por medidas restritivas de direitos, fica afastada a exigência de fixação do regime fechado para os condenados por tráfico ilícito de entorpecentes. Cabe ao Juiz, para estabelecer o regime prisional, avaliar o disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Na hipótese vertente, entretanto, tenho que a fixação do regime aberto não satisfaz a resposta penal, e tampouco o semiaberto.

Isso porque foram apreendidos em poder do paciente 10,17 gramas de cocaína e 148,2 gramas de maconha, o que atrai a incidência do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, que determina 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”.

Verifica-se, ainda, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 sequer foi aplicada, em razão das circunstâncias do caso concreto, tendo em vista que, conforme destacado no édito condenatório, o paciente, “apesar de primário,

tem antecedentes criminais, pois já foi condenado e está sendo processado [...] pela prática de outras infrações penais [...] evidenciando possuir personalidade com alguma propensão para a criminalidade, refratária às normas de convivência social, bem assim que as reprimendas anteriores não surtiram o efeito desejado em seu comportamento, os pontos de vista educativo e ressocializador, [...] possui conduta social inadequada, pois não comprovou ocupação lícita, faz uso de drogas e há indícios de que vinha retirando o sustento do comércio de entorpecentes” (f. 129)

Assim, o regime que se mostra razoável, na espécie, é o fechado, ainda que a reprimenda corporal tenha sido fixada em 4 (quatro) anos de reclusão.

Pelos mesmos motivos, entendo ser inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a quantidade e variedade das drogas apreendidas, bem como as demais circunstâncias do caso concreto apontadas alhures, o que não só impede a pretendida substituição, mas, antes de mais nada, recomenda o regime mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta. Confirmam-se precedentes desta Corte:

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Regime inicial fechado. Disposição legal. Modo inaugural diverso. Possibilidade. Quantidade e natureza da droga apreendida. Circunstâncias que recomendam o regime inicial fechado. Ordem denegada.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Carlos Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, inserida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 da referida proibição.

2. O posicionamento do Pretório Excelso, ao admitir a substituição da pena por medidas alternativas nos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, reflete na possibilidade de que o regime inicial seja fixado de modo menos gravoso, haja vista a envergadura e a profundidade do princípio da individualização da penal.

3. Todavia, há particularidades, no caso em apreço, que desautorizam o estabelecimento do regime semiaberto, pois a quantidade e a natureza da droga apreendida - 90 (noventa) pedras de crack (pesando 3,7 gramas) - indicam o modo fechado para o início do resgate da pena, como sendo a medida mais adequada.

4. Ordem denegada (HC 210.188/RS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, julgado em 13/12/2011, DJe 19.12.2011).

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Pretensão de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 no patamar máximo. Inviabilidade. Substituição da pena e modificação de regime prisional. Impossibilidade.

1. 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.

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços),

valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes do STJ e do STF.

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga - recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

5. Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada (HC 182.316/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 06.10.2011, DJe 19.10.2011).

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Não preenchimento de um dos seus requisitos. Pena superior a 4 anos, mas inferior a oito. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Regime fechado. Possibilidade. Substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. Não preenchimento dos requisitos. Ordem denegada.

1. Não faz jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o paciente que é portador de maus antecedentes, circunstância devidamente reconhecida pelo Tribunal de origem. De notar que os requisitos necessários para a aplicação da aludida minorante, quais sejam, ser o réu primário, com bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, tampouco integrar organização desse gênero, são, a bem da verdade, complementares, sendo certo que a falta de qualquer deles é motivo bastante para impedir a incidência daquela, incabível, pois, a alegação da impetrante no sentido de ser suficiente o preenchimento pelo paciente dos demais requisitos.

2. Apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do *quantum* de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que, no caso,

o regime mais gravoso se mostra adequado, mesmo se tratando de pena inferior a 8 anos, já que existem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente (maus antecedentes e considerável quantidade de droga apreendida - 33 pedras de crack e 14 tubos plásticos contendo cocaína) a recomendá-lo, de acordo com o que preceitua o artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Da mesma forma, mostra-se inviável a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos.

3. *Habeas corpus* denegado (HC 162.598/SP, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 16.11.2010, DJe 17.12.2010).

Notícias advindas aos autos, entretanto, dão conta de que, em 15.07.2011, o paciente foi beneficiado com a progressão ao regime semiaberto (f. 288).

Ante o exposto, denego a ordem, devendo o paciente ser mantido no regime em que se encontra, qual seja, o semiaberto.

É como voto.

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 Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília, 27 de março de 2012. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana*. - Secretário.

(Publicado no DJe de 11.04.2012.)

...