OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do "CD"

Tese 346

DROGAS – GRANDE QUANTIDADE – AUMENTO DA PENA BÁSICA E IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 – *BIS IN IDEM* – INOCORRÊNCIA.

Não há 'bis in idem' na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena base prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

(D.O.E. 30/05/2012, p. 71)

Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

(Apelação Criminal n° 0016397-50.2009)

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA SEÇÃO CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos da **APELAÇÃO CRIMINAL 0016397-50.2009.8.26.0510**, Comarca de Rio Claro, em que é apelante **A.S.S.**, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "**c**", da Constituição da República, artigo 255, § 2º, do RISTJ, artigo 26 da Lei nº 8.038/90 e artigo 541 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelos motivos adiante aduzidos:

1. A HIPÓTESE EM EXAME

A.S.S. foi condenado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Rio Claro, por infração ao art. 33, *caput,* c.c. o §4°, da Lei n° 11.343/06, a cumprir um ano, onze meses e dez dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 195 dias-multa (fls. 121/128).

Segundo o apurado, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia, Adelmo guardava em sua residência, para fins de traficância, **350 (trezentos e cinquenta) gramas de cocaína e 33 (trinta e três) gramas de maconha,** substâncias entorpecentes e causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, buscando o afastamento da redução da pena, e, após o seu processamento, sobreveio parecer da douta Procuradoria de Justiça manifestando-se pelo seu provimento (fls. 156/159).

A Egrégia 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, negou provimento ao apelo ministerial,

de conformidade com o voto do relator Des. Vico Mañas de fls. 170/173, a seguir transcrito:

> "A.S.S. foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Rio Claro a 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.
>
> Parcialmente irresignado, o representante do Ministério Público pleiteia a exclusão do redutor previsto no art. 33, § 4º, da lei antitóxicos, sob os argumentos de que inconstitucional a previsão e de que a quantidade de droga apreendida não autorizava o benefício.
>
> Oferecidas as contrarrazões (fl. 146), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo provimento do recurso.
>
> É o relatório.
>
> Segundo a inicial, mediante interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, policiais descobriram que o acusado estava envolvido com o tráfico de drogas. Munidos de mandado de busca e apreensão, ingressaram em sua residência e encontraram 350g de cocaína e 33g de maconha, além de balança de precisão, R$ 244,00 em dinheiro e folhas de caderno com a contabilidade da mercancia ilícita e com fórmula para o preparo de cocaína.
>
> Sempre que ouvido, o apelante admitiu a guarda dos narcóticos. Alegou, porém, que o fazia para terceiro pelo valor de R$ 50,00. A mesma pessoa deixou em sua casa a balança e as anotações. Recebeu da sogra o restante do dinheiro para a compra de material escolar (fls. 08 e 106/107).
>
> Sob o contraditório, os investigadores confirmaram que, na residência do condenado, apreenderam drogas e petrechos indicativos da mercancia ilícita. Adelmo afirmou

que guardava os entorpecentes para outrem e não explicou a origem do dinheiro (fls. 108/109).

As testemunhas arroladas pela defesa não infirmaram as declarações dos policiais (fls. 110/111).

Como se vê, além de confesso, o apelante foi firmemente incriminado pela prova oral. Diante das investigações prévias e da quantidade de entorpecentes, regularmente apreendidos e periciados (fls. 21/22 e 88/90), inequívoco o propósito mercantil.

De rigor, assim, a manutenção da bem lançada sentença, tanto que não impugnada pelo condenado.

O Magistrado exasperou as sanções básicas em um sexto com fulcro no volume de droga encontrado (fl. 126). Logo, não poderia levar novamente em conta a circunstância para vetar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Adotado tal procedimento, incorreria em inaceitável "bis in idem", ou seja, dupla apreciação do mesmo fato em desfavor do réu.

No caso, adequado o reconhecimento do tráfico privilegiado com a redução de dois terços das penas, sobretudo tratando-se de sentenciado primário e confesso. Merece, portanto, tratamento diferenciado.

Diversamente do sustentado, o art. 33, § 4º, da lei de drogas não padece de inconstitucionalidade.

De fato, se é certo que o tráfico de entorpecentes constitui crime grave, objeto de tratamento mais severo por parte do legislador, também é verdadeiro que, segundo as regras e os princípios constitucionais relativos ao Direito Penal, toda sanção criminal deve guardar proporção com as peculiaridades do fato praticado e com as condições do agente. Presentes circunstâncias que indiquem menor necessidade de pena para reprovação e prevenção do delito, tal qual se dá no caso da aludida norma, obrigatória a moderação da resposta estatal, observando-se para tanto o critério fornecido no art. 42 da lei antidrogas.

Desse modo, longe de afrontar a Constituição da República, a norma impugnada concretiza a garantia fundamental de individualização da pena.

> Frente ao exposto, nega-se provimento ao recurso. Ante o integral cumprimento da sanção, expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do apelado".

Decidindo dessa forma, a douta Turma julgadora do Tribunal de Justiça bandeirante acabou por contrariar o disposto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 e dissentir de jurisprudência firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, legitimando, dessarte, a interposição do presente recurso especial, pelas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, com as seguintes teses:

> **A diminuição da pena prevista para o traficante ou, especificamente, para aquele que incide nas condutas do "caput" ou do § 1º, do art. 33, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), deverá considerar se o agente é um criminoso ocasional ou se dedica à prática delitiva. Assim, a minorante não se aplica para aquele que é surpreendido com grande quantidade de entorpecente.**

- Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para gravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diiminuição de pena prevista no art. 33, §4°, da Lei n° 11.343/06.

2. CONTRARIEDADE À LEI FEDERAL

Como se constata do teor do v. acórdão impugnado, as penas aplicadas ao recorrido foram reduzidas com amparo no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06:

Assim dispõe o §4º do art. 33 da Lei Especial:

> **"§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja**

> **primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".**

Para sua incidência, a lei exige que o réu **(a) seja primário; (b) tenha bons antecedentes; (c) não se dedique à prática de infrações penais e (d) não integre organização criminosa**.

Os parâmetros para a sua graduação da redução (de um sexto a dois terços) devem ser objetivos e extraídos das diversas circunstâncias que podem variar dentro do seu campo de incidência, à semelhança do que ocorre, por exemplo, com a tentativa. Como é pacífico, pouco importa, para efeito de redução da pena pelo *conatus*, se o agente demonstra personalidade deformada ou se agiu para causar dano expressivo. Para esse fim, tudo o que interessa é o grau de realização do tipo e a extensão que o autor percorreu no itinerário criminoso, que se reflete, proporcionalmente, no índice de diminuição das penas. Assim, quanto menor tiver sido, no caso concreto, a distância em que ficou da consumação (e, portanto, maior o perigo de atingi-la), menor deverá ser a redução.

É inegável, entretanto, que o § 4º do artigo 33 tem o seu centro de gravidade no caráter esporádico da conduta realizada e pressupõe que ainda não haja nem no currículo nem na biografia do réu sinais objetivos de que faz do crime um modo de vida ou uma profissão. Essa minorante só incide, em suma, perante situações em que a lei considera que a comissão do tráfico foi um mero desvio de uma trajetória reta. Há, no entanto, gradações nos múltiplos desvios possíveis e, conforme as circunstâncias do caso, pode-se concluir que, até o autor ser surpreendido, era mais ou menos provável o risco de que fato análogo se repetisse e se tornasse rotineiro. Cabe, pois, uma profecia póstuma, com base no que ordinariamente acontece, à luz do impulso de que resultou o crime e dos fatores que presidiram sua realização.

Em suma, a diminuição da pena prevista para o traficante ou, especificamente, para aquele que incide nas condutas do *caput* ou do § 1º do art. 33 da Lei de Drogas, deverá considerar se o agente é um criminoso ocasional ou se dedica à pratica delitiva.

Frise-se que em poder do recorrido foram apreendidos **350 (trezentos e cinquenta) gramas de cocaína e 33 (trinta e três) gramas de maconha.**

Convém salientar que é incontroverso nos autos e não exige um reexame de provas, a quantidade expressiva de drogas apreendida com o recorrido Miquéias.

Cabe aqui, também, a aplicação do princípio da razoabilidade e ao Poder Judiciário incumbe coibir abusos na cominação das penas, como advertiu o Ministro **CELSO DE MELLO** (STF, HC 92.525-MC/RJ, Min. Rel. CELSO DE MELLO, j. 31/03/2008):

> "**Impende advertir**, neste ponto, **que o Poder Público, especialmente** em sede de tipificação e cominação penais, **não pode agir imoderadamente**, pois a atividade estatal acha-se **essencialmente condicionada** pelo princípio da razoabilidade.

> Como se sabe, **a exigência** de razoabilidade **traduz limitação material** à ação normativa do Poder Legislativo.
>
> ...
>
> **Isso significa**, portanto, **dentro da perspectiva** da extensão da teoria do desvio de poder **ao plano** das atividades legislativas do Estado, **que este não dispõe** de competência para legislar **ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável**, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas **de absoluta distorção e,** até mesmo, **de subversão** dos fins que regem o desempenho da função estatal".

Assim, a causa especial de diminuição de pena, como já adiantado, não foi prevista para ser aplicada para quem é surpreendido com grande quantidade de droga, mas apenas para aquele que exerce a atividade de forma ocasional.

Aliás, o próprio Colendo Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido reiteradamente que a apreensão de grande quantidade de entorpecente com o agente justifica o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. Eis alguns julgados da Corte Superior:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.
>
> 2. No caso concreto, o paciente foi flagrado com 13,6Kg de substância análoga à maconha, sendo inaplicável, portanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.
>
> 3. Por fim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o decisum condenatório quanto à dedicação à traficância de drogas, impossível albergar a pretensão de realizar, através do writ, o revolvimento do conjunto fático-probatório que arrimou o mencionado fundamento.
>
> 4. Ordem denegada.
>
> (HC 197.381/MS, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.

2. No caso concreto, o paciente foi flagrado com 4,75g, na forma de 42 pedras de substância análoga ao crack, sendo inaplicável, portanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

3. Por fim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o decisum condenatório quanto à dedicação à traficância de drogas, impossível albergar a pretensão de realizar, através do writ, o revolvimento do conjunto fático-probatório que arrimou o mencionado fundamento.

4. Ordem denegada.

(HC 198.458/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.

2. No caso concreto, a paciente foi flagrada com mais de 1 kg de drogas diversas sendo, portanto, inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

3. Por fim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o decisum condenatório quanto à dedicação à traficância de drogas, impossível albergar a pretensão de realizar, através do writ, o revolvimento do conjunto fático-probatório que arrimou o mencionado fundamento.

4. Ordem denegada.

(HC 198.586/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, preso com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.

2. No caso concreto, o paciente foi flagrado com cerca de aproximadamente 30 kg de substância análoga à cocaína, sendo inaplicável, portanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

3. Por fim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o decisum condenatório quanto à dedicação à traficância de drogas, impossível albergar a pretensão de realizar, através do writ, o revolvimento do conjunto fático-probatório que arrimou o mencionado fundamento.

4. Ordem denegada.

(HC 202.617/AC, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE

DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.

2. No caso concreto, conforme provas colhidas nos autos, há algum tempo o paciente dedicava-se à comercialização de substâncias ilícitas, sendo inaplicável, portanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

3. Por fim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o decisum condenatório quanto à dedicação à traficância de drogas, impossível albergar a pretensão de realizar, através do writ, o revolvimento do conjunto fático-probatório que arrimou o mencionado fundamento.

4. Ordem denegada.

(HC 203.509/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. MODUS OPERANDI. TRANSNACIONALIDADE. 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 se dedica à atividade criminosa.

2. Na hipótese, as circunstâncias que cercaram a empreitada delituosa, notadamente a grande quantidade e variedade de droga apreendida (mais de 6 kg de cocaína, cerca de 2 kg de crack e 29.985 g de maconha), e o modus operandi (com o envolvimento de mais 4 corréus, sua participação como fornecedora de parte da droga, e a

necessidade de escutas telefônicas judicialmente autorizadas para desarticulação do grupo) demonstram que a paciente não se trata de traficante eventual, mas de pessoa que vive do tráfico de drogas, sendo condenada inclusive pelo delito de associação para o tráfico e com a pena aumentada pela transnacionalidade da droga, não restando evidenciado, portanto, qualquer coação ilegal.

3. Ordem denegada.

(HC 114.625/TO, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 08/06/2011).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.

2. No caso concreto, a paciente foi flagrada com 1 kg de substância análoga à cocaína, o que torna inaplicável, portanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

3. Por fim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o decisum condenatório quanto à dedicação à traficância de drogas, impossível acolher a pretensão de realizar, através do writ, o revolvimento do conjunto fático-probatório que arrimou o mencionado fundamento.

4. Ordem denegada.

(HC 192.255/MS, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 31/05/2011).

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.
>
> 2. No caso concreto, o paciente foi flagrado com 17g de substância análoga à cocaína e 114 pedras de crack, o que torna inaplicável, portanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.
>
> 3. Por fim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o decisum condenatório quanto à dedicação à traficância de drogas, impossível acolher a pretensão de realizar, através do writ, o revolvimento do conjunto fático-probatório que arrimou o mencionado fundamento.
>
> 4. Ordem denegada.
>
> (HC 188.044/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 31/05/2011).

Infere-se dos julgados acima apontados que o v. acórdão impugnado não deveria ter aplicado a causa de diminuição dada a manifesta incompatibilidade entre esta e a variada e grande quantidade de droga apreendida.

Da mesma forma, não tem amparo o argumento exposto no v. acórdão, no sentido de que haveria *bis in idem* aumentar-se a pena

do recorrido, em decorrência da quantidade de droga apreendida, e negar-se a aplicação da redução prevista no art. 33, §4, da Lei n° 11.343/06.

Essa circunstância do fato (quantidade de droga) está sendo considerada em dois momentos distintos, na fixação da pena-base, por força do art. 42 da Lei Antidrogas, e na última etapa, para afastar a causa especial de diminuição de pena.

Aliás, esse é o entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MOTIVADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.
> 1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, sobretudo em razão da grande quantidade e da natureza da droga apreendida - mais de 21 Kg de "cocaína" -, bem como pelas circunstâncias da prática do

delito, de modo a demonstrar que o Paciente era "integrante ativo de organização criminosa com grande potencial lesivo".
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 causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.
3. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.
4. No caso, não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.
5. Não é possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias no sentido de que o ora Paciente integraria organização criminosa, pois, para tanto, seria necessário proceder a um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ. Precedentes.
6. Ordem denegada.
(HC 165.800/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 15/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART.

33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA, VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR INIMPUTÁVEL. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. 1/2 (METADE). 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 mínimo de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto, bem como a considerável quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas com o paciente, que contou com a participação de menor de idade na empreitada delitiva.

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.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO SOMENTE EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A gravidade inerente ao delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

TRÁFICO DE DROGAS COM O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. VIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO EM PARTE DEMONSTRADO.

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.

2. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal, constatada, contudo, a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por medidas alternativas, deve ser afastado o óbice à fixação de regime

diverso do fechado para o cumprimento da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade.
3. Habeas corpus parcialmente concedido, para afastar o óbice legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art.
44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime inicial mais benéfico.
(HC 181.037/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 06/03/2012)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO EM 1/3 FUNDAMENTADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.
I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo

dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. O reexame da dosimetria em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

V. Na sistemática da novel Lei de Drogas, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido passaram a preponderar sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, quando da fixação da pena-base, bem como ao se definir o quantum de redução de pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não havendo que se falar em bis in idem.

VI. Tendo o delito sido praticado após o advento da Lei 11.467/07, o regime prisional cabível aos apenados pela

> prática de crimes hediondos e daqueles a estes equiparados é o inicialmente fechado.
> I. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.
> (HC 222.319/ES, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 14/02/2012)

Assim, a melhor solução é manter-se a pena em concreto fixada na r. sentença e não reduzi-la por força da benesse do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, considerando a elevada quantidade de entorpecente apreendida com o recorrido.

Portanto, ao aplicar a minorante da pena privativa de liberdade a quem estava se dedicando a uma atividade prevista no *caput* desse dispositivo, a Egrégia Corte Bandeirante contrariou o disposto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Consequentemente, essa causa especial de diminuição de pena deve ser afastada, recalculando-se a pena.

3. DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a causa especial de diminuição de pena prevista no §4° do art. 33 da Lei n° 11.343/06, em uma situação em que foram apreendidos 350 (trezentos e cinquenta) gramas de cocaína e 33 (trinta e três) gramas de maconha, com o argumento de que haveria *bis in idem* aumentar-se a sanção básica, com fulcro no volume de droga encontrado. Todavia, tal entendimento diverge de entendimento pacificado do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

A **COLENDA QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,** no julgamento do **HABEAS CORPUS N° 188.700/SP,** rel. Min. **JORGE MUSSI,** julgado em 11/10/2011, DJe 20/10/2011, publicado na **Revista Eletrônica de Jurisprudência (oferecido como paradigma, cópia em anexo),** assim se pronunciou:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Embora o paciente seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a considerável quantidade de entorpecente apreendido, somada às circunstâncias do caso concreto - estava associado de forma permanente ao corréu para a prática do narcotráfico - levaram a crer que se dedicaria a atividades delituosas.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, 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. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, 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.

4. Comprovado que os réus estavam associados de forma permanente para o cometimento do delito de tráfico, não há ilegalidade na negativa de redução da pena por força do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, no tocante ao crime do art. 33, mas mera observância dos requisitos legalmente exigidos para o benefício, já que tal fato levou à conclusão de que se dedicariam a atividades criminosas.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. COAÇÃO ILEGAL 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.

2. Ordem denegada.

"RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de ANTÔNIO CARLOS GOMES contra acórdão da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento da Apelação Criminal nº 990.08.088660-6, negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial, para o fim de afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, restando a sanção aplicada ao paciente definitiva em 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, dada a prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35, ambos da mencionada Lei Federal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto a gravidade do delito, a quantidade de droga apreendida e a associação para o tráfico já teriam sido valoradas pelo julgador para condenar o paciente às penas do art. 35 da Lei de Drogas e para dosar a reprimenda pelo delito previsto no art. 33 do referido Diploma Normativo, razão por que não poderiam ser utilizados para afastar a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sob pena de *bis in idem*.

Alega que o sentenciado faria jus ao regime semiaberto de execução, por ser primário, serem favoráveis as circunstâncias judiciais e, após a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antitóxicos, sua reprimenda restar fixada abaixo de 8 (oito) anos de reclusão.

Requereu, liminarmente e no mérito, o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 e a fixação do regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda imposta ao paciente.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

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

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 188.700 - SP (2010/0198022-1)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33 e 35, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, segundo consta da denúncia, **no dia 30-11-2007**, foi flagrado com mais um corréu, "*guardando e mantendo em depósito, para entrega a consumo de terceiros*", o total de **78,04 g (setenta e oito gramas e quatro decigramas) de cocaína, acondicionadas em 180 (cento e oitenta) invólucros de papel alumínio, na forma de pedras de crack e em 32 (trinta e dois) invólucros de papel alumínio, mais 1 (um) invólucro plástico com a substância em forma de pó** (e-STJ fls. 11 e 15).

Irresignadas, ambas as partes apelaram perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial, para o fim de afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06,

restando a sanção aplicada ao paciente definitivamente em 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, dada a prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei de Tóxicos.

o que se refere à sustentada ilegalidade referente à não incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas *in casu*, verifica-se que Corte impetrada determinou o afastamento de tal minorante, pelos seguintes argumentos:

[...] quanto à aplicação do benefício referido no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, assiste razão ao Parquet, quando pede a sua exclusão.

Afinal, de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado poderá reduzir a pena fixada ao agente - de um sexto a dois terços - desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

E, na hipótese, essa benesse não condiz com a condição dos acusados (que, associados, dedicavam-se à narcotraficância), nem com a gravidade do crime perpetrado, levando-se em conta a grande quantidade de droga apreendida em poder deles. (e-STJ fls. 57)

Sobre a referida causa especial de diminuição de pena, cumpre destacar que, na esteira do entendimento adotado por este Tribunal Superior, *"**a expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4°, da Lei 11.343/06, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena*" (REsp n.º 1.021.782/RS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 23-2-2010, DJe 22-3-2010).

E, na hipótese que se apresenta, infere-se que o Tribunal *a quo* afastou o benefício por entender que não era condizente *"com a condição dos acusados (que, associados, dedicavam-se à narcotraficância), nem com a gravidade do crime perpetrado, levando-se em conta a grande quantidade de droga apreendida em poder deles"* (e-STJ fls. 57),m circunstâncias que levaram à conclusão de que os réus se dedicariam a atividade criminosa.

Desta forma, não se pode dizer que a Corte impetrada incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência na hipótese, e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se o paciente efetivamente se dedicaria ou não a atividades criminosas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 44, 59 E 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL.

[...]

"4. Não há constrangimento ilegal sanável em sede de habeas corpus quando a instância ordinária entende que o

acusado não preenche os requisitos necessários para a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, uma vez que incabível na via eleita a dilação probatória que se faz necessária para reconhecer a presença da condição subjetiva exigida e que o condenado não se dedica à atividade ou integra organização criminosa.

[...]

"7. Habeas corpus denegado" (HC n.º 73.652/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 3-4-2008 - grifamos)

Apenas ressalte-se que, ao contrário do afirmado na impetração, não se pode dizer que implica *bis in ide*m a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da referida minorante 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.

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).

O fato de ter sido condenado pelo delito de associação para o narcotráfico e a circunstância de o benefício do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ter sido negado porque constatou-se que os acusados, associados, dedicavam-se à traficância, igualmente não caracteriza *bis in idem*, mas a fiel observância da lei, já que um dos requisitos para a concessão da redução é **a não dedicação a atividades criminosas** e, comprovado que os réus estavam associados de forma permanente para o cometimento do hediondo delito mencionado, realmente não havia como entender-se de forma diversa, nem se pode dizer que houve dupla punição pelo mesmo fato, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro para momentos e finalidades distintas, tudo, como já dito, para que se alcance a reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

Assim, ausente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto.

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado ao sentenciado, a Corte Estadual manteve 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. 58).

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção do paciente tenha sido definitivamente dosada no patamar de 8 (oito) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restou condenado **ocorreu em 30-11-2007** (e-STJ fl. 11), 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 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)

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto".

Como se vê, exsurge a divergência jurisprudencial pela prolação do v. acórdão do Tribunal Paulista.

- COMPARAÇÃO ANALÍTICA

Para o acórdão recorrido:

"O Magistrado exasperou as sanções básicas em um sexto com fulcro no volume de droga encontrado (fl. 126). Logo, não poderia levar novamente em conta a circunstância para vetar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Adotado tal procedimento, incorreria em inaceitável "bis in idem", ou seja, dupla apreciação do mesmo fato em desfavor do réu".

Já para o aresto paradigma:

"Apenas ressalte-se que, ao contrário do afirmado na impetração, não se pode dizer que implica *bis in ide*m a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da referida minorante 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.

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)".*

Como se vê, nos dois julgados foi analisada a viabilidade da incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4°, da Lei n° 11.343/06, após ter sido aumentada a pena-base pela grande quantidade de drogas. O acórdão recorrido admitiu sua aplicação, afirmando que **" O Magistrado exasperou as sanções básicas em um sexto com fulcro no volume de droga encontrado (fl. 126). Logo, não poderia levar novamente em conta a circunstância para vetar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06",** enquanto que o aresto paradigma, de forma diversa, assentou que "**não se pode dizer que implica *bis in ide*m a consideração da quantidade**

de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da referida minorante na terceira etapa da dosimetria".

Por seu acerto, deve prevalecer nestes autos, também, a orientação adotada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena disposta n oart. 33, §4°, da Lei n° 11.343/06, cassando-se nesta parte o v. acórdão e restaurando-se as penas impostas na r. sentença condenatória.

4. DO PEDIDO DE REFORMA

Ante o exposto, demonstrados fundamentadamente a contrariedade da lei federal e o dissídio jurisprudencial, aguarda o Ministério Público do Estado de São Paulo seja deferido o processamento do presente **Recurso Especial** por essa Egrégia Presidência, bem como seu ulterior conhecimento e provimento pelo **Superior Tribunal de**

Justiça, para que seja cassada a decisão impugnada, afastando-se a causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, e recalculando-se a pena de A.S.S..

São Paulo, 20 de março de 2012.

FERNANDO GRELLA VIEIRA

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

JORGE ASSAF MALULY

procurador de justiça