



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.429 - MS (2011/0294295-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ELIAS CESAR KESROUANI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUCÉLIO PEREZ BORGES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. 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 pena pela causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas.

4. Verifica-se que o *quantum* de aumento na fixação da pena-base (01 ano) revela-se proporcional e fundamentado, em se considerando que a pena abstratamente prevista para o delito em questão é a de reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos.

5. São requisitos para que o condenado faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

6. Assim, no caso, verifica-se que o Paciente já foi por demais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

beneficiado, pois, apesar da quantidade da droga apreendida em seu poder – quase 84 Kg de maconha –, para difusão ilícita, foi agraciado pelas instâncias ordinárias com a aplicação da minorante no patamar de 1/6 (um sexto).

7. Não havendo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal e no *quantum* de redução implementado pela aplicação da minorante prevista no 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.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.429 - MS (2011/0294295-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ELIAS CESAR KESROUANI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUCÉLIO PEREZ BORGES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de LUCÉLIO PEREZ BORGES, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, na Apelação Criminal n.º 2011.21605-4, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE – EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – REDUÇÃO DO QUANTUM PARA 1/6 – PARCIALMENTE PROVIDO.

Verificado que os agentes possuem várias circunstâncias judiciais negativas, dentre elas, a natureza e a quantidade de droga (quase 84 Kg de maconha), deve-se majorar suas penas-bases e reduzir o quantum aplicado à minorante do tráfico privilegiado, reconhecida para um deles, para 1/6.

Deve ser mantida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, se o agente preenche todos os requisitos legais.

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO – PROVAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE – CIÊNCIA DO TRANSPORTE DA DROGA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE E MÁXIMA REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA MINORANTE DESCRITA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 – PEDIDOS PREJUDICADOS – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – REGIME SEMIABERTO FIXADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – PARCIALMENTE PROVIDO.

Verificado que a sentença está em consonância com as provas colhidas durante a instrução criminal, haja vista as declarações das testemunhas, aliadas às circunstâncias fáticas que envolveram o delito em questão, evidenciando que o apelante tinha ciência que transportava maconha, não há falar em absolvição.

Os pedidos de redução da pena-base para o mínimo legal e sua máxima redução pela minorante do tráfico privilegiado restaram prejudicados pelo provimento do recurso ministerial.

Se o agente é primário e sua pena restou definitiva em 05 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, é cabível a alteração do regime prisional para o semiaberto.

Incabível a substituição da pena por restritivas de direitos, se as circunstâncias do crime indicam que ela não seria suficiente para a reprovação e prevenção do delito (art. 44, III, CP)." (Fls. 314/315)

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 360 dias-multa, como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Interpostos recursos de apelação pela Defesa e pelo Ministério Público, foram parcialmente providos, o recurso ministerial para elevar as penas para 05 anos de reclusão e 500 dias-multa e o apelo da Defesa para estabelecer o regime inicial semiaberto.

No presente *writ*, alega a Impetrante, em suma, que "*aumentar 1 (um) ano a pena mínima (prevista de 5 anos), portanto, em um 1/5, justificando-se apenas na natureza e quantidade da droga, é evidente aplicação desproporcional e desarrazoada de pena*" (fl. 04), bem como que não há fundamentação suficiente para a aplicação do redutor previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 no patamar mínimo. Sustenta, ademais, que o Paciente faz jus à substituição da pena.

Requer, assim, seja reduzida a pena-base, fixada a causa de diminuição em 2/3, ou, ao menos, em 1/3, além da substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos.

Por estarem os autos devidamente instruídos, dispensei as informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 332/336, opinando pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus*, para redimensionar a pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.429 - MS (2011/0294295-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. 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 pena pela causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas.

4. Verifica-se que o *quantum* de aumento na fixação da pena-base (01 ano) revela-se proporcional e fundamentado, em se considerando que a pena abstratamente prevista para o delito em questão é a de reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos.

5. São requisitos para que o condenado faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

6. Assim, no caso, verifica-se que o Paciente já foi por demais beneficiado, pois, apesar da quantidade da droga apreendida em seu poder – quase 84 Kg de maconha –, para difusão ilícita, foi agraciado pelas instâncias ordinárias com a aplicação da minorante no patamar de 1/6 (um sexto).

7. Não havendo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal e no *quantum* de redução implementado pela aplicação da minorante prevista no 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.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetração, **não conheceu** da ação de “habeas corpus” lá ajuizada, **por haver entendido** tratar-se de “utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais”.

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça **salientou, com apoio** em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “habeas corpus”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, o Paciente restou condenado às penas de 05 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da mencionada Lei, em seu patamar mínimo (1/6).

Quanto à majoração da pena-base, assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Ora, como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Na espécie, o Tribunal de origem majorou a pena-base do Paciente nos seguintes termos:

"Analisando-se a fundamentação da dosimetria da pena (f. 187-188), bem como o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, verifica-se que a pena-base dos apelados deveria ter sido fixada acima do mínimo legal, já que possuem como circunstâncias judiciais desfavoráveis a natureza e a quantidade de droga (quase 84 Kg de maconha), pesando, ainda, contra o apelado Ercílio as circunstâncias do crime, pois empreendeu viagem de bicicleta, com um terceiro não identificado, desta capital para a Comarca de Maracaju para buscar a droga, demonstrando o longo iter percorrido e sua determinação na empreitada delituosa, tratando-se, inclusive, de sua segunda condenação por tráfico de drogas (f. 60-61).

Nesse sentido, confira-se decisão do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Com relação ao apelado Lucélio, majoro a pena-base para 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, montante necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito." (Fls. 316/317)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vê-se que a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade da droga apreendida (quase **84 Kg** de maconha).

Nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, no crime de tráfico de drogas, a quantidade da substância entorpecente deve ser considerada na fixação da pena-base, dado o maior grau de censurabilidade da conduta.

E, ainda, segundo o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância entorpecente devem ser consideradas, **com preponderância** sobre as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, no momento da fixação das penas.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"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 TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/6. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. 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 - 69 "sacolés" (36,5g) de "maconha", 49 "sacolés" (9g) de "crack" e 158 "sacolés" (51g) de "cocaína" - 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 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.

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

5. No caso dos autos, contudo, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Por conseguinte, deve iniciar o cumprimento da reprimenda no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

6. *Ordem denegada.*" (HC 223.447/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 05/06/2012, sem grifos no original.)

Assim, verifica-se que o *quantum* de aumento na fixação da pena-base (01 ano) revela-se proporcional e fundamentado, **em se considerando que a pena abstratamente prevista para o delito em questão é a de reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos.** Desse modo, não vejo como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador, pois, conforme já mencionado, essa instância especial não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

De outro lado, a fixação da causa de diminuição em seu patamar mínimo também deveu-se à quantidade considerável de droga apreendida. Confira-se:

"Contudo, de fato, é preciso diminuir o quantum de redução da pena, em razão da quantidade de droga. Portanto, pela minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, reduzo a pena do apelado Lucélio em 1/6, totalizando 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a qual torno definitiva neste patamar, ante a ausência de outras circunstâncias" (Fl. 317, grifos no original.)

Como já ressaltado, o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso 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"* (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar, de modo adequado, a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

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.

No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. ORDEM DENEGADA.

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, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a elevada quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com a paciente - 1,540 kg de "crack", cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

3. Ordem denegada." (HC 150.406/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 09/03/2011.)

Cumpre anotar, ainda, que são requisitos para que o traficante faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no referido § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Desse modo, à luz dos dispositivos acima mencionados, verifica-se que o Paciente **já foi por demais beneficiado**, pois, apesar da quantidade da droga apreendida em seu poder – quase **84 Kg** de maconha –, para difusão ilícita, foi agraciado pelo Tribunal *a quo* com a aplicação da minorante no patamar de 1/6 (um sexto).

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados desta Corte, *mutatis mutandis*:

"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 E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. 1/2 (METADE) CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. ORDEM DENEGADA.

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 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 quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas com o paciente - 50 microselos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LSD.

3. *Ordem denegada.*" (HC 223.999/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 08/05/2012.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO (METADE). QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. 2. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA COMO CIRCUNSTÂNCIA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA REDUZIR A PENA NA FRAÇÃO MÍNIMA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA 3. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 4. ORDEM DENEGADA.

1. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade de droga apreendida autoriza a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

2. De acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, não há se falar em ocorrência de bis in idem em razão de ser considerada a quantidade de droga apreendida tanto para exasperar a pena-base do paciente, como para não incidir a fração máxima do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006.

3. De acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Drogas, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 anos, levando em consideração a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente (172,5 gramas de maconha e 65,6 gramas de cocaína), circunstância inclusive utilizada para impedir a redução máxima na aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, mostra-se adequado o regime prisional mais rigoroso.

4. Habeas corpus *denegado.*" (HC 232.686/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 29/06/2012.)

Desse modo, inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal e no *quantum* de redução implementado pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, 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.

A propósito, nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

[...]

2. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Cabe às instâncias anteriores decidir sobre a aplicação ou não do benefício e, se aplicável, a fração pertinente, não se mostrando hábil o habeas corpus para revisão, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade.

3. Concretizada a pena em patamar superior a quatro anos, inviável a substituição das penas e a imposição do regime inicial aberto, conforme os parâmetros objetivos insertos nos artigos 44, I, e 33, § 2º, c, do Código Penal.

4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. Ordem Concedida de ofício tão somente para determinar complementação do julgamento da apelação. (RHC 116111, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, DJe de 13/05/2013.)

Por fim, inviável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, em se considerando a pena aplicada ao Paciente (superior a 04 anos) e a existência de circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 44, incisos I e III, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0294295-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 227.429 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110216054 562668220098120001

EM MESA

JULGADO: 17/12/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: ELIAS CESAR KESROUANI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: LUCÉLIO PEREZ BORGES
CORRÉU	: ERCILIO BORGES DE ALMEIDA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.