



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.694 - MG (2011/0311917-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ANDERSON VIEIRA HERCULANO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ARGUMENTOS INERENTES À CULPABILIDADE EM SENTIDO ESTRITO. IMPOSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DIVERSIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO PENAL. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.
2. Elementos inerentes à culpabilidade em sentido estrito, assim definida como elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida, não justificam a exasperação da pena-base a título de culpabilidade desfavorável.
3. Há constrangimento ilegal quando verificado que não foi apontado nenhum elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada danosidade decorrente do tráfico de drogas especificamente praticado pelo paciente, razão pela qual deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastada a valoração negativa das consequências do crime.

4. A natureza e a quantidade de drogas apreendida em poder do paciente autorizam a exasperação da pena-base, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. A jurisprudência firmou o entendimento no sentido de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

6. Não se vislumbra nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de 1/3 de diminuição de pena, visto que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a aplicação da minorante nesse patamar, salientando, para tanto, a diversidade de drogas apreendidas em poder do paciente (cocaína e maconha).

7. Não se trata de *bis in idem* a consideração da quantidade e/ou natureza da droga apreendida na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, e na terceira etapa, para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, visto que se trata, na verdade, de um elemento sopesado em momentos distintos da dosimetria e com finalidades diferentes.

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a invocação deste dispositivo não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.

9. No caso, a Corte estadual entendeu devida a fixação do regime inicial semiaberto com base justamente nas diretrizes traçadas pelo artigo 33 do Código Penal, razão pela qual não há nenhum ajuste a ser feito no modo inicial de cumprimento de pena.

10. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, apenas para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 4 anos e 1 mês de reclusão, e pagamento de 394 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de dezembro de 2013(data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.694 - MG (2011/0311917-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : ANDERSON VIEIRA HERCULANO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ANDERSON VIEIRA HERCULANO, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Apelação Criminal n. 1.0525.09.175059-2/001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, e § 4º, c/c o artigo 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 0525.09.175059-2).

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o Juiz sentenciante teria utilizado termos vagos e genéricos para a exasperação da pena-base.

Salienta que "foram apreendidos com o paciente sete invólucros de cocaína (cerca de 6,39 g) e 12,53 g de maconha". Nesse ponto, pondera que "em que pese ser a cocaína droga capaz de causar dependência psíquica, a quantidade apreendida não caracteriza um grande traficante, aquele que pretendeu a lei alcançar" (fl. 4).

Considera que a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 deveria ter sido aplicada no patamar máximo de 2/3, e não em 1/3, como procedido pelas instâncias ordinárias.

Entende que "o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06 não pode ser utilizado como condição para a redução prevista no art. 33, § 4º, da mesma lei, pois, assim o fosse, estar-se-ia em claro 'bis in idem', vez que esta circunstância já foi analisada para a fixação da pena-base, sendo certo, também, que a referida lei não faz menção a qualquer outra condição exceto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aquelas previstas no § 4º, do art. 33" (fl. 6).

Assim, uma vez que foram preenchidos todos os requisitos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, alega que a minorante deveria ser sido aplicada no maior patamar legalmente previsto.

Argumenta, outrossim, que deveria ser fixado ao paciente o regime aberto de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal, visto que o paciente é primário e foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão.

Ainda, sustenta que o "tráfico privilegiado", assim entendido aquele em que incide a minorante disposta no artigo 33, § 4º, não possui caráter de crime equiparado a hediondo, razão pela qual não se lhe aplicariam as disposições mais gravosas contidas na Lei n. 11.464/2007.

Requer a concessão da ordem para que:

- a) seja reduzida a pena-base imposta ao paciente;
- b) seja aplicada em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas; e
- c) seja fixado o regime aberto de cumprimento de pena.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, para que fosse aplicada em 2/3 a minorante prevista no artigo 33, § 4º, fixado o regime aberto de execução e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Estes autos vieram a mim atribuídos apenas em 9.9.2013, portanto há menos de 3 meses.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.694 - MG (2011/0311917-6) EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ARGUMENTOS INERENTES À CULPABILIDADE EM SENTIDO ESTRITO. IMPOSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DIVERSIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO PENAL. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.
2. Elementos inerentes à culpabilidade em sentido estrito, assim definida como elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida, não justificam a exasperação da pena-base a título de culpabilidade desfavorável.
3. Há constrangimento ilegal quando verificado que não foi apontado nenhum elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada danosidade decorrente do tráfico de drogas especificamente praticado pelo paciente, razão pela qual deve ser afastada a valoração negativa das consequências do crime.
4. A natureza e a quantidade de drogas apreendida em poder do paciente autorizam a exasperação da pena-base, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.
5. A jurisprudência firmou o entendimento no sentido de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

6. Não se vislumbra nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de 1/3 de diminuição de pena, visto que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a aplicação da minorante nesse patamar, salientando, para tanto, a diversidade de drogas apreendidas em poder do paciente (cocaína e maconha).

7. Não se trata de *bis in idem* a consideração da quantidade e/ou natureza da droga apreendida na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, e na terceira etapa, para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, visto que se trata, na verdade, de um elemento sopesado em momentos distintos da dosimetria e com finalidades diferentes.

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a invocação deste dispositivo não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.

9. No caso, a Corte estadual entendeu devida a fixação do regime inicial semiaberto com base justamente nas diretrizes traçadas pelo artigo 33 do Código Penal, razão pela qual não há nenhum ajuste a ser feito no modo inicial de cumprimento de pena.

10. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, apenas para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 4 anos e 1 mês de reclusão, e pagamento de 394 dias-multa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (RELATOR):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema (HC n. 109.956/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11/9/2012; HC n. 108.901/SP, Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10/5/2013),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal (HC n. 183.889/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/8/2013).

Não obstante essa mudança de paradigma, ambas as Cortes têm feito a ressalva de que, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo, nada impede que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça – conforme o caso – analise a questão de ofício, nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

Sob tais premissas, **constato**, na espécie em exame, a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal passível de concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Dos documentos trazidos à colação, verifico que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, e § 4º, c/c o artigo 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 26.9.2009, forneceu a terceiro **6 papелotes de cocaína**, pesando, ao todo, **6,39 gramas**.

Ainda, consta dos autos que, no dia seguinte, quando da triagem para encaminhamento ao presídio local, ao ser submetido à busca pessoal, os agentes penitenciários encontraram, dentro da carteira do paciente, outro papелote de substância entorpecente, dessa vez de **maconha**, com peso aproximado de **12,53 gramas**.

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs apelação no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, à qual foi dado parcial provimento, tão somente para fixar o regime inicial **semiaberto** de cumprimento de pena.

A) Quanto à pena-base:

No que tange à pretendida **redução da pena-base** imposta ao paciente, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos artigos 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, devendo, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelos oito elementos relacionados no *caput* do artigo 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente. São eles: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie dos autos –, o Juiz deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso dos autos, verifico que o Juiz sentenciante assim fundamentou a aplicação da pena-base do paciente acima do mínimo legal, *in verbis* (fl. 223):

O réu possui condições para entender o caráter ilícito do fato e para se determinar de acordo com esse entendimento, possuindo potencial consciência da ilicitude de sua conduta.

A conduta desenvolvida pelo réu é altamente reprovável, por sua nocividade social e por ser dotada de alto potencial lesivo à saúde pública.

Ainda quanto à culpabilidade, é certo que quem concorre para o tráfico contribui para a disseminação do uso, do vício e para a própria comercialização das drogas, em detrimento da saúde pública mesmo da ordem pública, visto que o uso de droga é fator desencadeante da prática de inúmeros outros ilícitos penais.

Da conduta social e da personalidade do agente vieram aos autos poucas informações, o que serve para beneficiá-lo.

Os motivos do crime são aqueles que lhe são peculiares, ligados ao desejo de ganho financeiro fácil; o mesmo se dá com as circunstâncias, que são normais para o crime em questão.

As consequências absolutamente nefastas do crime de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*drogas exigem que a tal conduta se imponha rigoroso combate. Nos termos do artigo 42 da Lei n. 11.343/63, consideram-se com preponderância sobre as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. **O réu comercializava cocaína e tinha ainda em seu poder razoável quantia de maconha.***

Analisadas as circunstâncias acima, fixo a pena-base em 5 anos e 6 meses de reclusão.

(...)

Adotados os mesmos parâmetros relativos à pena privativa de liberdade, fixo inicialmente a pena de multa em 550 dias-multa. (grifos próprios)

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a reprimenda-base fixada ao paciente, consoante a seguir descrito (fl. 294):

A pena que lhe foi aplicada está devidamente fixada. Embora as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP tenham lhe sido favoráveis, o juiz sentenciante deve considerar também o art. 42 da Lei 11.343/06.

É que, em adesão ao preceito secundário da norma incriminadora do tráfico de entorpecente, tal artigo determina que, na fixação das penas, o Juiz considerará, com preponderância à análise das circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância.

Assim, tendo em vista a diversidade das drogas (cocaína e maconha), a pena-base foi corretamente fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias- multa. (grifos próprios)

Dos trechos anteriormente transcritos, verifico que as instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis ao paciente a culpabilidade, as consequência do crime, bem como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas.

Quanto à **culpabilidade**, o Juiz singular destacou que "O réu possui condições para entender o caráter ilícito do fato e para se determinar de acordo com esse entendimento, possuindo potencial consciência da ilicitude de sua conduta" (fl. 223).

Tais argumentos, no entanto, não justificam a exasperação da pena-base, porquanto dizem respeito à culpabilidade em sentido estrito, assim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definida como elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida, e não à culpabilidade em sentido lato, a qual se refere à maior ou menor reprovabilidade do agente pela conduta delituosa praticada.

Prosseguindo na análise das circunstâncias judiciais, o magistrado de primeiro grau considerou "absolutamente nefastas" as **consequências do delito**, razão pela qual entendeu que "a tal conduta se imponha rigoroso combate" (fl. 223). Contudo, não apontou nenhum elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada danosidade decorrente do tráfico de drogas especificamente praticado pelo paciente, pelo que deve ser afastada a valoração negativa também dessa circunstância.

Ademais, saliento que as "nefastas" consequências geradas pelo narcotráfico à sociedade como um todo constitui elemento genérico, que serviria para qualquer crime de tráfico de drogas abstratamente considerado, razão pela qual não pode ensejar uma maior reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Por fim, o Juiz sentenciante destacou que "O réu comercializava cocaína e tinha ainda em seu poder razoável quantia de maconha" (fl. 223), tendo a Corte estadual salientado que "tendo em vista a diversidade das drogas (cocaína e maconha), a pena-base foi corretamente fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias- multa" (fl. 294).

Tais circunstâncias evidenciam que as instâncias ordinárias, quando da exasperação da pena-base nesse ponto, levaram em consideração especialmente **a natureza (cocaína) e a quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente**, em observância ao disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, que preconiza que "O Juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente" (grifo próprio).

Não se pode olvidar que o paciente forneceu a terceiro **6 papелotes de cocaína**, sendo que, quando da triagem para encaminhamento ao presídio local, os agentes penitenciários encontraram, dentro da sua carteira, outro papелote de substância entorpecente, dessa vez de **maconha**.

Nesse ponto, destaco que, segundo Informação Pericial n. 710/2009 do Instituto de Criminalística - Seção de Perícias e Análises Laboratoriais - da Polícia Civil do Distrito Federal, **uma dose típica de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cocaína ou crack é de 100 a 200 miligramas, considerando a pureza da "cocaína de rua". A dose letal mínima é de 1,2 gramas; não obstante, indivíduos suscetíveis morreram após a aplicação de apenas 30 miligramas de cocaína nas membranas mucosas. Por outro lado, ainda segundo a referida informação pericial, viciados toleram até no máximo 5 gramas de cocaína por dia. (Consta dessa informação pericial que as informações sobre dosagem foram obtidas no sítio eletrônico do *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*).

Por essas razões, justamente porque verificada a inadequação **apenas parcial** da análise das circunstâncias judiciais, e considerando que remanescem desfavoráveis ao paciente **a natureza e a diversidade de drogas apreendidas**, tenho como evidenciado o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente nesse ponto, **devendo ser reduzida a pena-base de 5 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa para 5 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 530 dias-multa**.

B) Quanto à fração do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006:

Sobre a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, verifico que o Juiz sentenciante entendeu devida a incidência da fração de **1/3**, "por entender que nesse patamar se individualiza perfeitamente a pena e o *quantum* se compatibiliza com a culpabilidade acentuada do réu" (fl. 224).

O Tribunal de origem, por seu turno, manteve inalterado o patamar de redução de pena, pelos fundamentos abaixo expostos (fls. 294/295):

Noutro giro, inviável a redução da pena na fração máxima em virtude da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

É que o quantum da diminuição (1/3) aplicado pelo d. sentenciante é de rigor, pois, em adesão ao preceito secundário da norma incriminadora do tráfico de entorpecente, o art. 42 da mesma lei preceitua que, na fixação das penas, o Juiz considerará, com preponderância à análise das circunstâncias judiciais, a natureza e quantidade da substância e o produto, a personalidade e a conduta social do agente - no caso em tela, foram apreendidos papелotes de cocaína e maconha.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, "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."

Assim, observa-se que o dispositivo legal estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nela prevista, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Nesse sentido, a jurisprudência firmou o entendimento no sentido de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, especialmente o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FIXAÇÃO DO COEFICIENTE EM 1/2 (UM MEIO). PRETENSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE 1/6 (UM SEXTO). REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei n.º 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. É certo que o Magistrado pode, fundamentadamente, estabelecer o quantum da redução dentre os patamares previstos na lei, eis que o art. 42 da Lei n.º 11.343/06 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 § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. Na hipótese dos autos, deve ser mantida a fração determinada no acórdão recorrido, mormente em face da motivação empregada na individualização da sanção penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Considerando a primariedade, as circunstâncias judiciais tidas por favoráveis e também a quantidade e a natureza do entorpecente encontrado em poder da agravada (108,09g de maconha), as instâncias ordinárias entenderam ser viável a aplicação da minorante no patamar de 1/2 (um meio).

5. Assim, para alterar o referido percentual esta Corte de Justiça teria de reexaminar os critérios utilizados na fixação do quantum da minorante, providência que demandaria acurada análise do conjunto fático-probatório dos autos, sobretudo porque dizem respeito ao âmbito de discricionariedade do magistrado.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 1.425.247/RS, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 21/3/2013).

Esse também é o entendimento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual é possível "considerar-se a natureza e a quantidade da droga apreendida como elemento indicativo do grau de envolvimento do agente com a vida criminosa, a autorizar maior ou menor redução da pena pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06." (RHC n. 116.036/MG, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 14/8/2013).

Por essas razões, não vislumbro nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a **fração de 1/3** de diminuição de pena, uma vez que as instâncias ordinárias **fundamentaram concretamente** a aplicação da minorante nesse patamar, salientando, para tanto, a diversidade de drogas apreendidas em poder do paciente (cocaína e maconha).

Nesse ponto, apenas destaco que, ao contrário do asseverado pelo impetrante, **não se trata de bis in idem** a consideração da quantidade e/ou natureza da droga apreendida na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, e na terceira etapa, para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, visto que se trata, na verdade, de um elemento sopesado **em momentos distintos da dosimetria e com finalidades diferentes**.

Aliás, segundo julgado do Supremo Tribunal Federal, "Não se trata de *bis in idem*, ainda que tais elementos já tenham sido considerados no dimensionamento da pena-base na condição de circunstâncias do crime, como ocorreu neste caso. Afinal, não se trata de considerá-los, por eles próprios, como negativos para fins de aferição do benefício, mas somente como, já adiantado, indicativos do grau de envolvimento do agente no tráfico de drogas e que é exatamente do que trata o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, devendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição em questão ser dimensionada segundo ele seja maior ou menor. Nessa perspectiva, a quantidade e a variedade de entorpecentes são fatores, a toda evidência, de relevante consideração." (HC n. 117.024/MS, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 25/9/2013).

Dessa forma, deve ser mantida em 1/3 a redução de pena procedida na terceira fase da dosimetria.

B.1) Nova dosimetria da pena:

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria da pena do paciente, verifico que a sua reprimenda-base restou fixada em 5 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 530 dias-multa.

Na segunda fase, não há nenhuma agravante ou atenuante.

Na terceira etapa, elevo a pena em **1/6**, em razão da majorante prevista no inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas e, na sequência, aplico em **1/3** a minorante descrita no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tal como procedido pelas instâncias ordinárias (fl. 224), **tornando a reprimenda do paciente definitiva em 4 anos e 1 mês de reclusão.**

A sanção pecuniária deveria ter sido estabelecida em 412 dias-multa, mas, em homenagem ao princípio da *non reformatio in pejus*, fica ela mantida em **394 dias-multa** (fl. 224).

C) Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena:

Relativamente ao regime de cumprimento de pena fixado ao paciente, constato que o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo inicialmente mais gravoso, consoante a seguir descrito (fl. 225):

*Muito embora tenha sido aplicado o disposto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, não se afasta a hediondez do crime de tráfico de droga. Unicamente é atenuada a pena, porém, o delito é aquele tipificado no caput do citado dispositivo.
Assim, o regime inicial de cumprimento da pena é o fechado.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo defensivo para estabelecer o regime inicial **semiaberto**, pelos fundamentos a seguir aduzidos (fls. 302/303):

Assim, sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP favoráveis ao acusado, tanto que a pena restou fixada em patamar próximo do mínimo legal, com a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos (pena de 4 anos e 3 meses e 10 dias de reclusão), entendo suficiente e mais acertado a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Sobre essa questão, destaco que, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Pleno do Supremo Tribunal Federal), tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso, de maneira que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.

No caso, constato que a Corte estadual entendeu devida a fixação do regime inicial **semiaberto** com base justamente nas diretrizes traçadas pelo artigo 33 do Código Penal, salientando que o paciente é primário e que foi inclusive beneficiado com a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Nesse ponto, destaco que **há circunstâncias judiciais desfavoráveis** ao paciente, tanto que a sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal, considerando que "o réu comercializava cocaína e tinha ainda em seu poder razoável quantia de maconha" (fl. 223). Assim, tendo em vista que a pena restou definitivamente estabelecida em patamar acima de 4 anos, entendo que, no caso, o regime mais adequado para a prevenção e repressão do delito praticado seria o fechado.

Não obstante, mantenho a imposição do regime inicial **semiaberto**, tal como estabelecido pelo Tribunal de origem, em homenagem ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

D) Do dispositivo:

À vista do exposto, **não conheço da ordem**, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. Contudo, concedo *habeas corpus*, de ofício, apenas para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em **4 anos e 1 mês de reclusão, e pagamento de 394 dias-multa**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0311917-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 229.694 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10000095132106 10525091750592 10525091750592001 175059209

17505921820098130525 184409 18442009 525091600169 525091750592 91750592

EM MESA

JULGADO: 17/12/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : ANDERSON VIEIRA HERCULANO

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.