



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.269 - SP (2012/0111972-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ANA PAULA KAYAMORI DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDY DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, POR SI SÓ, IMPEDE SUA APLICAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Paciente condenada à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, por ter sido presa em flagrante na posse de 33 porções de maconha e 59 de cocaína, das quais 31 na forma de *crack*, em papéletes e pedras, prontas para venda, em local conhecido como ponto de venda de drogas.

2. As circunstâncias do caso e a apreensão de grande quantidade e variedade de entorpecentes evidencia que a ré se trata de pessoa dedicada à criminalidade, o que impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

5. O Tribunal de Justiça *a quo*, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta da ré, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal. Desse modo, é adequado o regime prisional mais gravoso, diante da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que a Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e II, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Ordem de *habeas corpus* denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.269 - SP (2012/0111972-5)

IMPETRANTE : ANA PAULA KAYAMORI DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDY DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WENDY DA SILVA, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narram os autos que a ora Paciente foi condenada em primeira instância à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06. Contudo, a Corte *a quo* deu provimento ao apelo ministerial para elevar a pena-base e afastar a causa especial de diminuição de pena, fixando a condenação em 05 anos e 10 meses de reclusão.

Defende a zelosa Defensoria Pública, em suma, que "*a paciente faz jus à redução das penas feita com base no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como à fixação do regime aberto*" (fl. 02) e à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, providências que busca em liminar e mérito.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 39/40.

Estando os autos instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 48/53, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.269 - SP (2012/0111972-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, POR SI SÓ, IMPEDE SUA APLICAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Paciente condenada à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, por ter sido presa em flagrante na posse de 33 porções de maconha e 59 de cocaína, das quais 31 na forma de *crack*, em papелotes e pedras, prontas para venda, em local conhecido como ponto de venda de drogas.

2. As circunstâncias do caso e a apreensão de grande quantidade e variedade de entorpecentes evidencia que a ré se trata de pessoa dedicada à criminalidade, o que impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

5. O Tribunal de Justiça *a quo*, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta da ré, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal. Desse modo, é adequado o regime prisional mais gravoso, diante da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que a Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e II, do Código Penal.

7. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

O Tribunal de Justiça paulista deu provimento ao recurso de apelação acusatório, que buscava exasperar a pena-base imposta à ré e afastar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, com a seguinte fundamentação:

"[...] demonstrada a materialidade, inclusive através do exame pericial noticiado a fls. 74/75 e apurada a autoria do tráfico, a condenação é a providência que se impõe (aliás, a solução condenatória sequer foi impugnada pelos réus), tendo a julgadora singular fixado a pena-base no mínimo legal para, já na última fase do artigo 68 do Código Penal, reduzir a reprimenda de dois terços (2/3) em face da causa de diminuição descrita no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, concretizando-a em um (1) ano e oito (8) meses de reclusão, com a pecuniária no importe de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, unidade no piso, isso diante de cada um dos denunciados.

Todavia, inegável que a quantidade e variedade de substâncias entorpecentes trazidas pelos acusados denotam acentuada potencialidade lesiva, atingindo a conduta maior número de usuários ou "clientes", de modo a intensificar a disseminação do vício, além de contribuir de forma exacerbada para destruição de famílias ou lares.

E o concurso de agentes também potencializa o resultado da conduta, contribuindo para o sucesso do tráfico.

O quadro observado, obviamente, motiva maior repressão, exigindo punição diversa daquela imposta diante de traficante surpreendido com única espécie de droga ou pouca quantidade de tóxico, não se podendo olvidar que o concurso de agentes também potencializa o resultado da conduta, de modo a contribuir para o sucesso do tráfico.

As circunstâncias judiciais destacadas são claramente desfavoráveis aos apelados e justificam a fixação da pena-base em um sexto (1/6) acima do piso legal, ou seja, em cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, com a pecuniária no importe de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, diante de cada um dos réus.

Já na segunda fase prevista no artigo 68 do Código Penal, depara-se com a atenuante representada pela idade do acusado Wendy à época do delito, daí porque se reduz a respectiva pena para o mínimo cominado à infração, vedada a redução aquém de tal patamar (Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça).

Por fim, na terceira fase do artigo 68 do Código Penal, afasta-se a causa de diminuição reconhecida na sentença.

É que, considerados os parâmetros observados no artigo 42 da Lei nº. 11.343/06, a circunstância judicial desfavorável antes reconhecida traduz estreito relacionamento com o crime organizado, mesmo porque a obtenção "das mercadorias" (variadas e em volume considerável) não ocorre de forma fácil, ressaltando o vínculo dos agentes com o "mundo marginal", a par de evidenciar não representar a acusação fato único ou esporádico na vida dos denunciados.

Ademais, realce-se que os réus não demonstraram exercer atividade lícita (ao contrário, tanto na fase policial como em juízo, declararam estar "desempregados" fls. 17, 26, 110 e 112), quadro apto a indicar ser a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mercancia espúria a “profissão” ou meio de vida deles, daí a dedicação a atividade criminosa obstaculizando o reconhecimento da minorante sob análise.

“Como não tem outra atividade, a única conclusão a que se pode chegar é que se dedica costumeiramente à atividade criminosa de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir pertencer a organização criminosa que a abastece com a droga a ser comercializada” (TJESP, Apelação Criminal nº. 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador SOUZA NERY, julgado 14-4-2011).

Desta forma, sem a causa de diminuição em tela, concretizam-se as reprimendas nos patamares acima estipulados, com a manutenção do regime fechado para início do cumprimento das corporais, no caso decorrente da Lei nº. 8.072/90, já com a redação trazida pela Lei nº. 11.464/07 (providência igualmente não impugnada pela Defesa), sendo o retiro pleno o único cabível diante do tráfico.

“O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº. 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90” (STJ, HC 207414, Relatora Ministra LAURITA VAZ, julgado 04-10-2011).” (fls. 31/33)

Defende a zelosa Defensoria Pública paulista que a Paciente merece a redução das penas feita com base no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como à fixação do regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Não lhe assiste razão.

Como bem consignou o acórdão impugnado, as circunstâncias do caso e a apreensão de grande quantidade e variedade de entorpecentes evidencia que a ré se trata de pessoa dedicada à criminalidade, o que impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006.

O Supremo Tribunal Federal já consignou que a quantidade da substância entorpecente é apta a caracterizar a dedicação do réu à atividade criminosa, o que é suficiente para afastar a incidência da minorante em questão.

Confira-se:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO

1. O entendimento deste Supremo Tribunal é de não ser possível aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico de cada qual das leis. Precedentes.

2. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas.

3. **A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.**

4. O habeas corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus ao qual se nega provimento.*" (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

A propósito, o seguinte precedente da Quinta Turma:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, POR SI SÓ, IMPEDE SUA APLICAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 04 ANOS DE RECLUSÃO. PENA DE MULTA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO.

1. Na hipótese, o Paciente não preenche os requisitos para aplicação da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006. **A apreensão de grande quantidade de entorpecente (235 pedras de crack e 77 trouxinhas de maconha) evidencia que se trata de pessoa dedicada à criminalidade ou integrante de organização criminosa, o que impede a redução de pena pretendida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.**

2. Segundo entendimento desta Corte, quando não aplicada a causa de diminuição inserta no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, é obrigatória a fixação de regime prisional inicial fechado aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, se cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007.

3. Fixada a pena em tempo superior a 4 anos, como na hipótese, não se pode invocar o direito à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos (art. 44, inciso I, do Código Penal).

4. "A via do habeas corpus não se presta para a discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa mínima cominada abstratamente ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei n.

11.343/2006, tendo em vista que, em relação a essa matéria, não há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nenhum risco à liberdade de locomoção do paciente, já que a pena pecuniária, acaso descumprida, não poderá ser convertida em sanção privativa de liberdade, nos termos do art. 51 do Código Penal" (HC 162.313/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 09/11/2011).

5. Ordem parcialmente conhecida e, no mais, denegada." (HC 171228/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 23/03/2012.)

Ainda no mesmo sentido, os seguintes julgados desta Corte: HC 184986/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 18/05/2011; HC 148.331/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010.

Ademais, afastar o entendimento exarado pela Corte Estadual quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, demanda exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, afigura-se inviável na via estreita do writ.

Confiram-se os seguintes precedentes:

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.

2. Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.

3. A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver." (HC 90.350/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 14/04/2008; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada." (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifo no original.)

Conclui-se não haver ilegalidade a ser reparada na espécie. Com efeito, não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, não faz jus a Paciente à aplicação da causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Outrossim, o aresto vergastado nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta do agente.

E, como não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, essa via não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada à Paciente.

Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (94 kg DE MACONHA). DECISÃO FUNDAMENTADA. WRIT DENEGADO.

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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Drogas.

2. *In casu*, o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal a quo, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, afirmou que a grande quantidade de droga apreendida (quase 94 kg de maconha) trouxe maior grau de censurabilidade à conduta dos Pacientes, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentos válidos.

3. É desinfluyente a alegação de que o juízo sentenciante embasou o aumento de pena em inquéritos e ações penais em andamento - o que, frise-se, não restou corretamente demonstrado pela Defesa, e cujo ônus em provar lhe competia -, pois se mostra adequado e proporcional o aumento de 1 ano e 6 meses na pena-base de delito cujo mínimo legal é de cinco anos, ante a grande quantidade de droga apreendida (cerca de 94 kg de maconha).

4. *Ordem denegada.*" (HC 134.663/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 15/09/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO. PENA-BASE EXACERBADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA SANÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Não há que se falar em manifesta ilegalidade a ser sanada na via eleita se o magistrado de primeiro grau, ao fixar as penas-bases do paciente acima do mínimo legal, fundou-se nas desfavoráveis circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 59 do Código Penal.

2. Sentença que assentou tratar-se da segunda maior apreensão da história do país (1.691 kg de cocaína), ressaltando as circunstâncias do delito (transporte da droga no interior de bucho bovino) e a organização, complexidade e extensão da associação criminosa. Foi apresentada, portanto, motivação concreta na dosimetria da reprimenda imposta ao paciente.

3. Ademais, o Tribunal de origem destacou que a análise mais detalhada da fundamentação adotada pelo magistrado a quo será feita no julgamento da apelação, recurso adequado para tal fim, não havendo como reconhecer, por ora, qualquer constrangimento ilegal na dosimetria da pena imposta ao paciente.

4. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte, a grande quantidade de droga é circunstância que autoriza a exacerbação da pena-base.

5. *Ordem denegada.*" (HC 96.237/GO, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 12/04/2010.)

De outro lado, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre ressaltar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

111840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado."

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal, porquanto cabe ao Magistrado individualizar a irrestritamente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda do condenado, conforme o caso concreto. No ponto, cumpre transcrever os fundamentos do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07. (negrito nosso)"

No caso, de toda sorte, o regime mais gravoso também se impõe nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, porque as instâncias ordinárias, fundamentadamente, consideraram desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual fixaram a pena-base acima do mínimo legal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. DESCABIMENTO.

1. *É cabível a fixação de regime semiaberto em razão das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, ligadas a maneira com que foi cometido o delito, ainda que a pena final seja igual ou inferior a quatro anos.*

2. *Hipótese em que o julgador se valeu de elementos idôneos para determinar o regime prisional - crime cometido no período noturno e contra menor de idade - tendo, inclusive, arbitrado a pena-base acima do mínimo legal.*

3. *Ordem denegada.*" (HC 220.667/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 07/03/2012.)

"[...] EXECUÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA FECHADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REITERAÇÃO CRIMINOSA. FORMA MAIS SEVERA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Tendo a sentença e o acórdão concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento da pena, haja vista a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais e ainda levando-se em conta a reiteração criminosa, justificada está a imposição do modo prisional mais gravoso.

2. Ordem parcialmente concedida apenas para afastar a circunstância judicial dos maus antecedentes, bem como para alterar o patamar de aumento da pena de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), redimensionando-se a reprimenda do paciente definitivamente para 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o aresto impugnado." (HC 151.190/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 16/02/2012.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. [...]

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentação idônea, correta a estipulação do regime inicial mais gravoso, conforme autorizado pelo § 3º do art. 33 do Código Penal.

4. Ordem denegada." (HC 96.379/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 16/06/2008.)

Por fim, descabida a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Afinal, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a medida não se mostra adequada, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e II, do Código Penal.

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0111972-5

HC 244.269 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4242009 50090219112 91225737220098260000 990092754564

EM MESA

JULGADO: 28/08/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANA PAULA KAYAMORI DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WENDY DA SILVA

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

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.