



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.341 - MS (2011/0242717-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ANTONIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LEIDE APARECIDA MOREIRA CAETANO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/6. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. A Paciente foi condenada como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 04 anos e 07 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por transportar 700 g de crack em transporte coletivo.

2. O Tribunal de Justiça *a quo* considerou que as circunstâncias do crime e a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida trouxeram maior reprovabilidade à conduta da agente. E 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 Drogas.

3. A aplicação da minorante no patamar mínimo foi, no caso, justificada na quantidade, variedade e natureza da droga. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante, 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. Precedentes.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. A instância ordinária considerou desfavoráveis à ré as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 III, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* denegado.

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, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.341 - MS (2011/0242717-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ANTONIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LEIDE APARECIDA MOREIRA CAETANO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEIDE APARECIDA MOREIRA CAETANO, contra acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

A ora Paciente, no dia 24 de outubro de 2010, foi flagrada por Policiais Rodoviários, enquanto transportava 700 g (setecentos gramas) de crack, no interior do ônibus da Viação Mota, qua fazia o percurso as cidades sul-mato-grossenses de Ponta Porã e Três Lagoas, restando denunciada como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06. O MM Juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente a denúncia, condenado a acusada à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.34/06.

Irresignados, Defesa e Ministério Público apelaram. A primeira pugnou pelo regime inicial aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. O segundo requereu o aumento da pena-base, o afastamento da minorante e o reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06.

A Corte sul-mato-grossense deu parcial provimento ao recurso ministerial, em acórdão assim ementado:

"E M E N T A – EMENTA –APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – INOBSERVÂNCIA DO ART.42, DA LEI 11.343/2006 – TRANSPORTE DE 700 GRAMAS DE CRACK – DROGA ALTAMENTE LESIVA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL PARA O MÍNIMO LEGAL – APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI 11.343/2006 – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

Redimensiona-se a pena-base fixada no mínimo legal pelo julgador singular, pois não observado os ditames do artigo 42, da Lei 11.343/2006.

A quantidade de droga apreendida, no caso, 700 gramas de crack, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, apontam que o grau de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redução da pena, ante a presença da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, deve ser o mínimo, qual seja, 1/6.

Estando a droga acondicionada no bagageiro do transporte público interestadual, não há falar em incidência da causa especial de aumento de pena contida no art. 40, III, da Lei de Drogas, pois não houve comércio de droga em razão do local de maneira a atingir um maior número de pessoas que estavam no ônibus ou na rodoviária.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO PRIVILEGIADO – PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO – IMPOSSIBILIDADE – REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO IMPROVIDO.

No caso concreto, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei de Drogas não gera o afastamento da hediondez do delito, eis que se trata de crime equiparado aos hediondos, conforme art. 2º, “caput” e § 1º, da Lei 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, face ao fato da agente estar transportando 700 gramas de crack, droga altamente lesiva e lucrativa.

Mantém-se o regime prisional inicial fechado, por se tratar de crime equiparado aos hediondos, conforme art. 2º, “caput” e §1º, da Lei 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/2007.

Apesar de ser possível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, conforme atual posição do Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do HC 97.256, em 01/09/2010, em razão do quantum da pena privativa de liberdade ultrapassar 4 anos, impossível a almejada substituição, pois não preenchido o requisito temporal previsto no artigo 44, do Código Penal.” (fl. 359)

No presente writ, a zelosa Defensoria Pública Impetrante busca a correção da dosimetria da pena para reduzir a pena-base para o mínimo legal, aplicar a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.34/06 em seu patamar máximo, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Em sede liminar, pugna pela suspensão dos efeitos do acórdão impugnado, até o julgamento da impetração.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 374/376.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 385/394, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.341 - MS (2011/0242717-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/6. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. A Paciente foi condenada como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 04 anos e 07 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por transportar 700 g de crack em transporte coletivo.

2. O Tribunal de Justiça *a quo* considerou que as circunstâncias do crime e a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida trouxeram maior reprovabilidade à conduta da agente. E 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 Drogas.

3. A aplicação da minorante no patamar mínimo foi, no caso, justificada na quantidade, variedade e natureza da droga. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante, 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. Precedentes.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. A instância ordinária considerou desfavoráveis à ré as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se 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 III, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* denegado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, ao negar provimento ao apelo defensivo e dar parcial provimento ao recurso ministerial, assim individualizou a pena aplicada à Paciente, *in verbis*:

"Bate-se o Ministério Público Estadual pelo redimensionamento da pena-base, pois fixada pelo julgador singular no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, por infração ao artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006.

Nesses aspectos, assiste razão ao apelante.

É que o artigo 42, da Lei 11.343/2006 prevê que "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Tal artigo não foi observado pelo julgador singular, uma vez que a apelante foi flagrada com 700 gramas de crack, droga altamente lesiva e lucrativa.

Frise-se que o crack "possui enorme potencial lesivo e seria capaz de colocar em risco a saúde de várias pessoas, visto que, sabidamente, tal quantidade de droga que, com uma única grama é suficiente para o uso de uma pessoa, poderia abastecer dezenas de pessoas. (TJPR. 7691096 PR 0769109-6, Relator: Tito Campos de Paula, Data de Julgamento: 05/05/2011, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 638)."

Também considero como negativas as circunstâncias do delito, uma vez que a apelante reside em Dourados-MS e estava transportando a droga para Três Lagoas-MS em transporte coletivo, para dificultar a fiscalização.

Em relação à terceira fase do delito, tenho que não há como afastar a incidência do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

É que, como explica NUCCI¹, "aquele que cometer o delito previsto no art.33, caput, ou §1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas nem integrando organização criminosas, pode valer-se de pena mais branda. Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do §4º, para que possa aplicar a diminuição de pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes. Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita. A parte final, entretanto, é razoável: não integrar organização criminosa. Pode o agente ser primário e de bons antecedentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mas já tomar parte em quadrilha ou bando".

No caso em tela, como visto, não há como fugir da causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que a apelada é primária e de bons antecedentes e não há provas de que pertença a organização criminosa, devendo ser reconhecido o chamado tráfico privilegiado.

Observo que os indícios apontados pelo Ministério Público Estadual, quais sejam, o fato da apelada não revelar o nome de seus comparsas e efetivar as tratativas para pegar a droga não são suficientes para indicar que a mesma é envolvida com organização criminosa, mormente porque com a perícia de f.143-150 somente foram encontradas duas ligações do "número restrito" com quem a apelada se comunicava para pegar a droga, não sendo evidenciado contato anterior.

No entanto, tenho que a apelada não faz jus ao patamar máximo de diminuição (2/3), como fixado pela julgadora singular, à f.185.

É que "na esteira de firme entendimento sufragado no âmbito desta Quinta Turma, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução (HC 127.247/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 26-10-2009).(STJ.HC 112645/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 15/03/2010)".

No caso, a grande quantidade de crack apreendida com a apelada e as circunstâncias negativas do delito apontam que o percentual de redução deve ficar no mínimo legal, qual seja, 1/6.

Pretende o Ministério Público Estadual o provimento de seu recurso a fim de majorar a pena dos apelados, ante o reconhecimento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006.

O artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006 prevê que "as penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos".

Tal inciso refere-se à causa de aumento da pena conforme o lugar do cometimento. Guilherme de Souza Nucci afirma que "quanto maior for a aglomeração de pessoas, mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga, razão pela qual se justifica a causa de aumento da pena".

No caso em tela, correta a sentença, uma vez que o simples fato da droga estar acondicionada em uma mochila no bagageiro do ônibus, não faz por si só incidir o aumento da pena previsto no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, pois tal interpretação é literal.

Claramente denota-se que a lei busca repreender de forma mais severa àquele que comercializa drogas com intuito de lucro em locais com várias pessoas, pois há uma ofensa maior ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Há causa de aumento, v.g., quando há tráfico de drogas dentro de estabelecimentos prisionais, onde a droga pode ser vendida a um grande número de detentos, dentro de danceterias, onde os adolescentes, principal alvo dos traficantes, se juntam e são fortemente influenciados e em estabelecimentos de recuperação de adictos.

Dos autos extrai-se que a apelada não estava difundindo ou comercializando a droga de maneira a atingir um maior número de pessoas que estavam no ônibus ou na rodoviária.

[...]

tal causa de aumento só tem lugar quando o agente, com o dolo de aproveitar-se do local, vende drogas a um elevado número de pessoas, beneficiando-se do local de aglomeração.

*Assim, passo a nova dosimetria da pena, em conformidade às diretrizes estabelecidas no artigo 68 e 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/2006: **Culpabilidade:** alta, uma vez que a apelada transportava 700 gramas de crack, droga altamente lesiva e em grande quantidade. **Antecedentes:** não possui. **Conduta Social:** sem elementos. **Personalidade:** sem elementos. **Motivos do crime:** são os normais da espécie. **Circunstâncias:** as circunstâncias são graves, pois a apelada pegou a droga em Dourados-MS para levar para Três Lagoas -MS, em transporte coletivo, a fim de dificultar a fiscalização. **Consequências:** normais da espécie, sem nenhuma particularidade. **Comportamento da vítima:** o comportamento da vítima não influiu para a prática do delito, porquanto o sujeito passivo do delito é a sociedade.*

Deste modo, tendo em vista a culpabilidade e as circunstâncias do crime, desfavoráveis à apelada, fixo-lhe a pena-base em 06 anos de reclusão.

Na segunda fase presente a atenuante da confissão, atenuo a pena em 06 meses de reclusão e como não há agravantes, resta a pena fixada, nesta fase, em 05 anos e 6 meses de reclusão.

*Na terceira fase, presente a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 e conforme fundamentos supra expostos, reduzo a pena no percentual de 1/6, ficando a mesma definitivamente fixada, à míngua de outras causas de diminuição e aumento da pena, em **04 anos e 7 meses de reclusão.***

*A pena de multa, observadas mais uma vez as circunstâncias já mencionadas, e atendida uma equação de proporcionalidade em relação à pena privativa de liberdade, é fixada em **450 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade, porque a apelada, é pobre.***

O prequestionamento formulado pela defesa técnica da apelada em sede de contrarrazões é insubsistente, uma vez que não foi apontado de que forma os artigos mencionados foram violados ou dado negativa de vigência aos mesmos." (fls. 362/365)

Inicialmente, assevere-se que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em sede de *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatória.

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 hipótese em apreço, o Tribunal de Justiça *a quo* considerou que as circunstâncias do crime e a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida trouxeram maior reprovabilidade à conduta da agente.

Desse modo, tenho que não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, porque a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

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 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.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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.)

Cumpre ressaltar, ainda, que 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 a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas de modo adequado.

Não se trata de violação ao princípio do *ne bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, no primeiro momento 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 o percentual de redução a ser aplicado em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

Logo, inexistente constrangimento ilegal no fato de a minorante ter sido aplicada no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar mínimo de (1/6).

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade, a qualidade e a natureza da droga apreendida justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

Portanto, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante, 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.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Entretanto, fixada a pena-base acima do mínimo legal, cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, 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.)

"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, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 16/06/2008.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, 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 III, do Código Penal.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0242717-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 221.341 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12100018477 20110008440 20110157619 20110184520 201101845201

EM MESA

JULGADO: 26/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ANTONIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LEIDE APARECIDA MOREIRA CAETANO

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.