



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.565 - PR (2014/0262290-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE CABRAL DOS ANJOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA ANTE A NATUREZA DO ENTORPECENTE. SEGUNDA FASE. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 6 MESES. RAZOABILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. REDUTOR EM 1/2. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM DENEGADA.

1. Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base ante a natureza altamente nociva da droga apreendida – cocaína em pó e na forma de "crack" –, em observância ao poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria da pena e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. O Código Penal não estabelece limites de redução de pena a serem aplicados em razão das atenuantes genéricas, cabendo ao magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher o *quantum* de diminuição, em observância ao princípio da proporcionalidade. Razoabilidade da redução da reprimenda em 6 meses, em razão da menoridade relativa.

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

4. Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena em 1/2 na terceira etapa da dosimetria, pois a instância ordinária destacou, para tanto, a quantidade da droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida (2.360g de cocaína e 1.895g de maconha), elemento que não foi valorado para a exasperação da pena-base.

5. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

6. O regime inicial fechado foi devidamente estabelecido pelas instâncias ordinárias, em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida – 2.360g de cocaína e 1.895g de maconha.

7. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois, apesar de o paciente ter sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as circunstâncias desfavoráveis do crime e a quantidade de droga evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

8. *Habeas corpus* não conhecido

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de abril de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.565 - PR (2014/0262290-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE CABRAL DOS ANJOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

CARLOS HENRIQUE CABRAL DOS ANJOS, paciente neste *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, na Apelação Criminal n. 5014842-71.2012.4.04.7002-PR.

O paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I e III, da Lei n. 11.343/2006, por importar e transportar de Ciudad del Este/Paraguai a Foz do Iguaçu-Brasil, **2.360g de cocaína (parte na forma salina e outra parte na forma de "crack") e 1.895g de maconha**. Em grau de recurso, o Tribunal *a quo*: afastou a causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343; reduziu a pena-base; reduziu a fração de aumento relativa ao art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006. A reprimenda definitiva foi fixada em 3 anos, 1 mês e 6 dias de prisão, no regime inicial fechado, mais 310 dias multa.

Nesta Corte, a Defensoria Pública da União sustenta que: a natureza da droga apreendida (cocaína e maconha) não pode conduzir à exasperação da pena-base; a atenuante da menoridade, consoante o princípio da proporcionalidade, deve ser aplicada no patamar mínimo de 1/6; o Tribunal de origem acrescentou, indevidamente, fundamentação à sentença condenatória, para manter em metade a redução pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas; a natureza da droga não pode interferir na fixação do regime inicial e na negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer: a) a redução da pena-base ao mínimo legal; b) a aplicação da atenuante da menoridade relativa, no patamar de 1/6; c) a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 2/3; d) a fixação do regime inicial aberto e e) a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 520-525).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.565 - PR (2014/0262290-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA ANTE A NATUREZA DO ENTORPECENTE. SEGUNDA FASE. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 6 MESES. RAZOABILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. REDUTOR EM 1/2. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM DENEGADA.

1. Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base ante a natureza altamente nociva da droga apreendida – cocaína em pó e na forma de "crack" –, em observância ao poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria da pena e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. O Código Penal não estabelece limites de redução de pena a serem aplicados em razão das atenuantes genéricas, cabendo ao magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher o *quantum* de diminuição, em observância ao princípio da proporcionalidade. Razoabilidade da redução da reprimenda em 6 meses, em razão da menoridade relativa.

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

4. Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena em 1/2 na terceira etapa da dosimetria, pois a instância ordinária destacou, para tanto, a quantidade da droga apreendida (2.360g de cocaína e 1.895g de maconha), elemento que não foi valorado para a exasperação da pena-base.

5. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

6. O regime inicial fechado foi devidamente estabelecido pelas instâncias ordinárias, em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida – 2.360g de cocaína e 1.895g de maconha.

7. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois, apesar de o paciente ter sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as circunstâncias desfavoráveis do crime e a quantidade de droga evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

8. *Habeas corpus* não conhecido

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

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

O paciente foi condenado à pena de 3 anos, 1 mês e 6 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I da Lei n. 11.343/2006, por importar e transportar de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ciudad del Este-Paraguai a Foz do Iguaçu-Brasil, 2.360g de cocaína (parte na forma salina e outra parte na forma de "crack") e 1.895g de maconha.

I. Quanto à ilegalidade na primeira fase da dosimetria

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

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, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o Juiz deve considerar, ainda, e **com preponderância** sobre o previsto no art. 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 art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso dos autos, verifico que o acórdão hostilizado fixou a pena-base em 5 anos e 8 meses de reclusão, tendo em vista "a **qualidade de parte da droga transportada - cocaína (2.360kg) [...]**" (fl. 312, destaquei). Deveras, o paciente foi condenado por transportar cocaína em pó e na forma de "crack", substância de **elevadíssimo grau de nocividade para a saúde pública**, conforme aliás, salientou o Juiz de primeiro grau (fl. 212-213). Nesse contexto, o *decisum* foi proferido em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a conduta social do agente" (grifei), de modo que não identifico nenhum constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente.

II. Redução pelo reconhecimento da menoridade relativa

Na segunda etapa da dosimetria, a pena do paciente foi reduzida em 6 meses, em face da atenuante da menoridade relativa, *quantum* que não reputo flagrantemente desproporcional. A defesa assere que a diminuição deveria ser operada em 1/6.

Consoante entendimento deste Superior Tribunal, "O reexame da dosimetria da pena em sede de *mandamus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade" (HC 311.617/RJ, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 24/3/2015).

Em que pese a qualificada impetração, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução da reprimenda a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Em verdade, o art. 65 do CP limitou-se a prever as circunstâncias que sempre atenuam a pena, embora não tenha mencionado nenhum valor de redução.

Nesse contexto, cabe ao *arbitrium iudices*, consoante as diretrizes legais e os limites estabelecidos na lei penal, fixar a quantidade de redução pela incidência da atenuante genérica, à vista de sua **necessidade e eficácia para reprovação e prevenção do crime**, desde que, em decisão devidamente motivada, seja respeitado o princípio da proporcionalidade.

No caso, à vista da pena-base aplicada (de 5 anos e 8 meses de reclusão) não verifico patente desproporcionalidade na redução da pena em 6 meses, na segunda etapa da dosimetria, ante o reconhecimento de atenuante genérica. *Mutatis mutantis*:

[...]

5. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de majoração da pena pela reincidência, a jurisprudência desta Corte tem se inclinado no sentido de que o *quantum* de redução pela circunstância atenuante deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da pena, não se podendo, por isso, ter como flagrantemente desproporcional a decisão que reduziu em 8 meses de reclusão a pena-base em razão do reconhecimento das atenuantes genéricas da confissão espontânea e da menoridade relativa.

[...]

(HC 221.761/SP, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 14/6/2013)

[...]

2. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuante e agravante), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o *quantum* a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

(HC 277.109/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe de 15/9/2014)

[...]

7. A diminuição da pena operada em razão de o paciente ser septuagenário na data da sentença não conduz, necessariamente, ao retorno da pena à cominação mínima, mas, como as demais atenuantes e agravantes, deve ser aplicada com a observância da razoabilidade e proporcionalidade.

8. Razoabilidade da redução da reprimenda em 6 meses, em razão da referida atenuante.

[...]

(HC 135.604/RS, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 5/9/2011)

III. Quanto à fração do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

A minorante foi assim aplicada pelo Juízo sentenciante:

[...]

Consoante as informações constantes dos autos, o acusado é primário, a princípio, é seu primeiro envolvimento com o tráfico de drogas e não há comprovação de que tenha integrado organização criminosa. Com efeito, entendo aplicável o disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Considerando **a razoável quantidade de cocaína e maconha transportada pelo acusado, tenho que a pena provisória deve ser reduzida em 1/2 (um meio)**, perfazendo 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão, acrescidos de 366 (trezentos e sessenta e seis)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa.

Observo que a qualidade das drogas transportadas pelo acusado foi adotada como critério para aumento da pena base, na primeira fase de fixação, motivo pelo qual não foi considerada nesta etapa.

Acerca da utilização da **quantidade de droga como critério para redução da pena nas hipóteses do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06**, trago à colação o seguinte precedente:

[...] (fls. 215-216, destaquei).

O Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, manteve o percentual fixado, pelos seguintes fundamentos:

[...]

É certo que se tem decidido configurar *bis in idem* a valoração da natureza e quantidade da droga na primeira e na terceira etapas da dosimetria, havendo hoje impasse entre a 1ª e 2ª Turmas do STF quanto ao momento em que estes elementos devem ser sopesados. Outrossim, anota-se que, diante da ausência de decisão do Plenário do Supremo, a Quarta Seção deste Tribunal firmou entendimento de que se aplica a hipótese mais favorável ao acusado, qual seja, a de que a valoração da qualidade e quantidade da droga, conforme art. 42 da Lei 11.343/06, fica restrita à primeira fase de fixação da pena (RVCR 5015766- 39.2012.404.0000, julgada em 12.11.2012).

Ocorre que, no caso concreto, **o Juiz a quo não levou a quantidade em consideração na imposição da pena-base.**

Além disso, ressalta-se que o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo (STF - RHC nº 106.758, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, 15.2.2011).

Ainda, tenho manifestado entendimento de que na dosagem da minorante questionada devem ser avaliadas as condições pessoais do agente e as circunstâncias do crime, as quais, no caso, não autorizam a redução em 2/3. Vejamos.

Do interrogatório, colhem-se os seguintes elementos: 19 anos, maranhense, solteiro, sem filhos, tendo cursado a 1ª série do ensino fundamental, auxiliar de produção em confecção em São Paulo, onde residia há poucos meses, percebendo R\$ 800,00, residindo em casa alugada por R\$ 400,00, que aceitou proposta de um conhecido de bar, para viajar ao Paraguai para comprar 'muambas' ou armas, tendo sido preso em flagrante, em Santa Terezinha do Itaipu, transportando,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no bagageiro de ônibus interestadual, com destino a São Paulo, 1,895 Kg de maconha e 2,36 Kg de cocaína, pelo que receberia R\$ 1.500,00.

Diante desses elementos, entendo que a redução deveria ser até menor.

Entretanto, inexistindo recurso ministerial, **mantenho em metade [...]**

Consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, "O efeito devolutivo inerente ao recurso de apelação permite que, observados os limites horizontais da matéria questionada, o Tribunal aprecie em exaustivo nível de profundidade, a significar que, mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a manutenção da decisão recorrida ainda que por outros fundamentos" (**RHC n. 116.013**, Relator Min. **Teori Zavascki**, 2ª T., DJe 21/10/2014, destaquei).

Dito isso, não houve, a teor da impetração, novos fundamentos no acórdão hostilizado, pois a quantidade de droga foi sopesada pelo Juiz de primeiro grau e pelo Tribunal *a quo*, na terceira fase da dosimetria.

A teor do § 4º do art. 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".

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.

Assim, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser considerados, para orientar o cálculo da minorante, as **circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal** e, especialmente, **o disposto no art. 42 da Lei de Drogas**.

Esse também é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a natureza e/ou a quantidade da substância apreendida podem ser consideradas para incidir, alternativamente, na primeira ou na terceira etapa da dosimetria da pena, pois tal opção "permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em cada caso concreto" (HC n. 112776, Rel. Min. **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, DJe 29/10/2014)

Registro que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente **punir com menos rigor o pequeno traficante**, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "*A mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 14/4/2014).

Também 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**, Rel. Ministro **Luiz Fux**, DJe 14/8/2013, destaquei).

Por essas razões, não verifico nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena no percentual em 1/2, pois a instância ordinária **fundamentou concretamente** a escolha do percentual, salientando, para tanto, a **quantidade de droga apreendida (2,36kg de cocaína)**, não valorada na primeira fase da dosimetria da pena.

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 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; entretanto, indivíduos suscetíveis morreram após a aplicação de apenas 30 miligramas de cocaína nas membranas mucosas. 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*).

Ressalto, por fim, que o juiz não é obrigado a aplicar a minorante no percentual máximo quando presentes os requisitos para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão do benefício, possuindo plena discricionariedade para eleger patamar diverso de redução de pena, de forma devidamente fundamentada, desde que necessário e suficiente para a prevenção e a repressão do delito, **como na hipótese.**

IV. Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena

O paciente, primário, mas com registro de circunstância judicial desfavorável (natureza de parte da droga apreendida), foi condenado a cumprir pena inferior a 4 anos de reclusão no regime fechado, pelos seguintes fundamentos:

No que tange ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, em atenção ao que dispõe artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, devem ser observadas, também, **as circunstâncias judiciais do artigo 59 do mesmo Codex**, sem descuidar da orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, verbis:

[...]

No caso em análise, conforme bem observou o Juiz Federal José Paulo Baltazar Júnior, que lavrou o acórdão, o acusado restou condenado pelo tráfico de **2,36 quilogramas de cocaína e 1,895 quilogramas de maconha**. Destarte, penso ser razoável a fixação do regime inicial de cumprimento fechado, considerando que as circunstâncias judiciais, em especial a **quantidade da droga**, revelam gravidade suficiente para justificar a imposição do referido regime penitenciário (fl. 383).

No julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, a **opinião do julgador sobre a gravidade concreta do tráfico (grande quantidade de droga) e o registro de circunstância judicial do art. 59 do CP** sopesada de forma desfavorável na primeira fase da dosimetria (natureza altamente lesiva da droga) constituem motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Com efeito, "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que se faz devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade ou da variedade das drogas apreendidas" (**AgRg no HC 316.944/SP**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 26/03/2015).

Ilustrativamente:

[...]

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, diante das circunstâncias do caso concreto - empreitada criminosa envolvendo "elevadas quantidades de substâncias entorpecentes - 7.086g de maconha e 33,8g de cocaína - em cidade de médio porte do interior do Estado" -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus não conhecido.

(**HC 315.711/MG**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 16/3/2015)

Dessa forma, não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda ante a existência de circunstância judicial desfavorável no capítulo que cuidou da individualização da pena e a **quantidade de drogas apreendidas**.

V. Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Ante a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Entretanto, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os **requisitos objetivos e subjetivos** exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram **previstos no art. 44 do Código Penal**, *in verbis*:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Isso porque a aplicação da pena no caso concreto repercute na utilidade social que desempenha o Direito Penal e na sua justificação política, de modo que, **"ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário para o réu mas para com o necessário à sociedade"** (REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 164).

No caso sob exame, o Tribunal, após reduzir a pena corporal do paciente, demonstrou ser incabível a aplicação do art. 44 do CP, pois "a medida não se mostra suficiente para repressão e prevenção do delito, em razão de ter transportado, também, cocaína, na forma livre (crack), substância de alto poder lesivo" (fl. 315).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acórdão estadual já havia sopesado desfavoravelmente a mencionada circunstância do crime na primeira etapa da dosimetria e, consoante a jurisprudência desta Corte, "A natureza, variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos constituem fundamentos aptos a inviabilizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, ainda que preenchido o requisito objetivo do inciso I do referido dispositivo" (**AgRg no REsp 1432109/GO**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5ª T., DJe de 1º/8/2014).

Ilustrativamente:

[...]

3. A gravidade da conduta delituosa perpetrada, dada a quantidade das substâncias tóxicas apreendidas, bem como a natureza mais perniciosa da cocaína, aliadas às circunstâncias em que ocorreu a prisão do condenado, envolvendo outros dois corréus e três adolescentes, evidenciam que, na espécie, a não conversão da sanção reclusiva se encontra justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, nem seria socialmente recomendável.

[...]

(**HC 246.796/RJ**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe de 27/11/2012)

Assim, apesar de o paciente ter sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus* e, ao examinar seu conteúdo, não identifico constrangimento ilegal que pudesse me levar a conceder a ordem postulada, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0262290-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 306.565 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11692012 50148427120124047002

EM MESA

JULGADO: 28/04/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS ALBERTO CARVALHO VILHENA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE	: CARLOS HENRIQUE CABRAL DOS ANJOS

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 habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.