



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.671 - MG (2010/0027773-8)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : ROBERTA DE MESQUITA RIBEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RAFAEL SANTOS OLIVEIRA
ADVOGADO : JAIME DE CARVALHO LEITE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PATAMAR CONCEDIDO DENTRO DA RAZOABILIDADE. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. ÓBICE PELA PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.
2. As Turmas criminais deste Tribunal entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com ênfase nas diversidade, natureza e quantidade do entorpecente apreendido, de acordo com o art. 42, da Lei nº 11.343/06, tendo por objetivo atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.
3. No caso concreto, o Tribunal *a quo*, ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, aplicou-a de formas razoável e proporcional, em vista das quantidade e diversidade da droga apreendida. Não sendo demonstrado, de plano, fato diverso capaz de fragilizar o acórdão condenatório, não prospera o pleito de realizar, através do *writ*, o revolvimento do conjunto fático-probatório que lastreou o fundamento ora atacado.
4. A determinação da fixação de regime inicial fechado, aos delitos hediondos ou equiparados, não pode ser considerada como padronização ou, muito menos, violadora da garantia da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na verdade, trata-se de mais um critério para ponderar o grau de censurabilidade com o qual o agente deve arcar pelo delito cometido. Todavia, no caso concreto, o regime mais gravoso mostra-se adequado.

5. Inalterado o *quantum* da reprimenda, pelas razões supramencionadas, resta configurado o óbice da substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, em face da ausência do requisito objetivo previsto na primeira parte do art. 44, I, do Código Penal, que prevê fixação em patamar superior a quatro anos de reclusão.

6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012(Data do Julgamento).

Ministro Adilson Vieira Macabu
(Desembargador Convocado do TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.671 - MG (2010/0027773-8)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : ROBERTA DE MESQUITA RIBEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RAFAEL SANTOS OLIVEIRA
ADVOGADO : JAIME DE CARVALHO LEITE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de RAFAEL SANTOS OLIVEIRA contra ato tido por ilegal praticado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Em sede de apelação criminal, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso defensivo para reconhecer a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tornando a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime fechado, e 434 (quatrocentos e trinta e quatro) dias-multa.

No presente *mandamus*, pugna a impetrante, em síntese, seja fixada a pena-base no mínimo legal reconhecida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06 no seu patamar máximo; a substituição da reprimenda corporal por sanção alternativa, bem como a fixação do regime inicial aberto.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 395).

Informações prestadas (fls. 429/457).

No seu parecer, o douto Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 463/473).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.671 - MG (2010/0027773-8)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : ROBERTA DE MESQUITA RIBEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RAFAEL SANTOS OLIVEIRA
ADVOGADO : JAIME DE CARVALHO LEITE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PATAMAR CONCEDIDO DENTRO DA RAZOABILIDADE. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. ÓBICE PELA PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.
2. As Turmas criminais deste Tribunal entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com ênfase nas diversidade, natureza e quantidade do entorpecente apreendido, de acordo com o art. 42, da Lei nº 11.343/06, tendo por objetivo atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.
3. No caso concreto, o Tribunal *a quo*, ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, aplicou-a de formas razoável e proporcional, em vista das quantidade e diversidade da droga apreendida. Não sendo demonstrado, de plano, fato diverso capaz de fragilizar o acórdão condenatório, não prospera o pleito de realizar, através do *writ*, o revolvimento do conjunto fático-probatório que lastreou o fundamento ora atacado.
4. A determinação da fixação de regime inicial fechado, aos delitos hediondos ou equiparados, não pode ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerada como padronização ou, muito menos, violadora da garantia da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). Na verdade, trata-se de mais um critério para ponderar o grau de censurabilidade com o qual o agente deve arcar pelo delito cometido. Todavia, no caso concreto, o regime mais gravoso mostra-se adequado.

5. Inalterado o *quantum* da reprimenda, pelas razões supramencionadas, resta configurado o óbice da substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, em face da ausência do requisito objetivo previsto na primeira parte do art. 44, I, do Código Penal, que prevê fixação em patamar superior a quatro anos de reclusão.

6. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.671 - MG (2010/0027773-8)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : ROBERTA DE MESQUITA RIBEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RAFAEL SANTOS OLIVEIRA
ADVOGADO : JAIME DE CARVALHO LEITE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

No presente *mandamus*, postula a impetrante, em síntese, seja fixada a pena-base no mínimo legal, reconhecida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06 no seu patamar máximo, a substituição da reprimenda corporal por sanção alternativa, bem como a fixação do regime inicial aberto.

De início, é cediço que a questão referente à dosimetria da pena, em princípio, não é passível de apreciação em *habeas corpus* porquanto vincula-se à valoração de circunstâncias objeto de análise nas instâncias ordinárias. Contudo, excepcionalidades, como a manifesta ausência de razoabilidade de critério para a fixação da reprimenda, tornam possível a sua correção por meio do *writ*, vez que, nessas circunstâncias a questão projeta-se para a própria legalidade da decisão. Para isso, é necessário que a não observância das normas legais que estabelecem os critérios da fixação da pena seja, de imediato, evidente, não exigindo digressões mais profundas acerca de aspectos fáticos ou subjetivos.

Nesse sentido, confira-se:

"HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 5 ANOS DE RECLUSÃO. PENA CONCRETIZADA: 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E MULTA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 NA PROPORÇÃO DE 1/6, DEVIDO À QUANTIDADE, AO TIPO E À VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA (230 PORÇÕES DE COCAÍNA E CRACK E 30 TROUXINHAS DE MACONHA). PRECEDENTES DO STJ. PARECER



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEADA.

1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias na ação de Habeas Corpus, segundo a jurisprudência pacífica desta corte, somente é admitida em situações excepcionais, quando constatado evidente abuso ou ilegalidade, passível de conhecimento sem maiores digressões sobre aspectos fáticos ou subjetivos.

(...)

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial." (HC 150.750/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 25.11.10, DJe 13.12.10.)

No caso concreto, a fixação da pena-base, no *quantum* acima do mínimo legal, foi lastreada nas quantidade e diversidade de droga apreendida, bem como nas circunstâncias em que ocorreram o delito. Confira-se (fls. 366/367):

"De fato, a significativa quantidade de droga apreendida, 1540,27g de maconha e 1289,57g de cocaína, conforme laudo de f. 103, demonstra o grau de reprovabilidade da conduta dos réus. Destarte, restou comprovado que os acusados extrapolaram a censurabilidade ínsita ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, justificando-se, assim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal. As circunstâncias em que o delito foi cometido também podem ser consideradas, vez que, como bem ressaltou a d. Sentenciante à f. 186, os acusados mantinham as substâncias entorpecentes guardadas em locais diversos, a fim de dificultar a atuação dos policiais."

Portanto, o art. 42 da Lei n.º 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da nova Lei de Tóxicos.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE DE DROGA ELEVADA. 500 G DE PASTA-BASE DE COCAÍNA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende, na fixação da dosimetria da pena - nos delitos de tráfico de entorpecentes -, ser adequada a imposição da pena-base acima do mínimo legal em razão da natureza e da quantidade da droga, no caso 500 g (quinhentos gramas) de pasta-base de cocaína (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

2. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1245028/MT, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 15.2.12)

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza da substância apreendida - 4,9g de cocaína, 16 trouxinhas contendo 63,1g de maconha, e um tijolo contendo 397,1g maconha - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. *Ordem denegada.*" (HC 183164/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.3.12)

Dessa forma, não há que se falar em aplicação da pena-base no mínimo legal.

Ressalte-se que, conforme o entendimento consolidado deste Tribunal, a revisão da pena imposta só é possível quando verificada, de plano, a existência de evidente abuso ou ilegalidade.

Caso contrário, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a fixação da pena-base demandaria análise de matéria fático-probatória, o que é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido, cita-se o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33,§ 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUIZ SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM QUANTO À CONSIDERAÇÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA TANTO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA QUANTO NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO I, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

...omissis...

3. *Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.*

4. *Para se aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso I, da Lei de Drogas, basta que as circunstâncias do fato evidenciem a transnacionalidade do delito, fato que restou constatado*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela apreensão dos cartões de embarque no Aeroporto, sendo irrelevante, para o reconhecimento dessa majorante, a natureza e quantidade da droga apreendida.

5. Ordem denegada." (HC 161.900/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 4.10.11, DJe 14.10.11)

De outro giro, quanto ao pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, no patamar máximo, também não assiste razão à impetrante.

O Supremo Tribunal Federal entende que, quando presentes os requisitos para a concessão da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o magistrado não está obrigado a aplicá-la em seu patamar máximo, dispondo de plena liberdade para fixar a redução do *quantum* adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto.

À propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO TERATOLÓGICA A ENSEJAR A SUBSTITUIÇÃO DA AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO PELO RECURSO CABÍVEL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA. ...omissis...

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *In casu*, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

5. Parecer do MPF pela denegação.

6. Preliminar de não conhecimento e, se conhecido, pela denegação." (HC 100.800, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.8.11, DJe-175 DIVULG 12.9.11 PUBLIC 13.9.11 EMENT VOL-02585-01 PP-00111)

Acompanhando a orientação da Excelsa Corte, as Turmas Criminais deste Tribunal entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com ênfase nas natureza, diversidade e quantidade dos entorpecentes apreendidos, de acordo com o art. 42 da Lei nº 11.343/06, tendo por objetivo atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

Confira-se o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO NO PATAMAR DE 1/2 (METADE) JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não há ilegalidade na escolha do redutor no patamar de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade da substância entorpecente apreendida - 104 (cento e quatro) buchas, totalizando mais de 200 g (duzentos gramas) de "maconha".

...

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, essa extensão, denegada a ordem." (HC 175.127/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 6.9.11, DJe 13.9.11)

A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar o condenado neófito na infausta prática delituosa, configurados sua primariedade e bons antecedentes, além de não comprovada dedicação a atividades delituosas nem participação em organização do gênero. Sua aplicação deve ser de forma individualizada, dentro dos limites de 1/6 a 2/3, importando para sua fixação a natureza, a diversidade e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

Depreende-se dos autos que o Tribunal *a quo* seguiu a vertente jurisprudencial das Cortes Superiores, ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do grau da causa especial de diminuição de pena, insculpida no estatuto de repressão às drogas, dentro da razoabilidade e de forma proporcional.

Colhe-se do acórdão impugnado (fl. 369):

"Destarte, tendo em vista que os acusados preenchem os requisitos previstos no § 4º do art. 33 do Código Penal, reduzo as penas anteriormente fixadas em 1/3 atendendo ao binômio necessidade/suficiência. Esclareço que deixo de proceder à redução em patamar mais elevado, considerando-se, principalmente, as circunstâncias em que os réus foram presos. Os apelantes possuíam, além de grande quantidade de droga, armas e munições, aparato esse que seria utilizado para garantir a prática do comércio ilícito de entorpecentes."

No caso ora em análise, a diversidade e a quantidade da droga encontrada em posse do paciente – 1.540,27g de maconha e 1.289,57g de cocaína -, além das circunstâncias em que ocorreram o delito - que envolveu a apreensão de armas e munições -, por si sós, autorizam a aplicação do redutor em patamar diverso do máximo, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em caso semelhante, esta Corte Superior vem assim decidindo:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

3. Na espécie, a quantidade da droga apreendida – 273,4 gramas de crack – justifica a aplicação do redutor em seu grau mínimo, qual seja: 1/6 (um sexto), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

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

6. Ordem denegada. (HC 213.311/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 7.3.12)

Outrossim, quanto ao regime de cumprimento de pena, melhor sorte não assiste à impetrante.

No caso concreto, o Tribunal de origem, ao aferir o regime inicial adequado ao paciente, concluiu que, em face dos fatos apurados nos autos, a despeito da aplicação da minorante especial, o delito praticado pelo agente não poderia ser considerado como menor potencial ofensivo, sendo, portanto, impossível afastar a equiparação da hediondez. Como extrai-se:

"Afimal, em uma interpretação sistemática, o § 4º está acoplado ao § 1º e ao caput do art. 33 da Lei de Tóxico. Trata-se somente de causa de diminuição de pena e que não afasta a hediondez do crime. Aliás, a novel legislação antitóxicos não criou a figura do tráfico privilegiado, descrevendo condutas ou prescrevendo sanções em abstrato" (e-STJ fl. 371)

Considerando o exposto, trata-se de condenação pelo delito de tráfico de drogas com o reconhecimento da aplicação da causa especial de diminuição da pena, sem afastar, no entanto, a hediondez do delito, fato este que possui o condão de, *per si*, agravar a estipulação do regime inicial do seu cumprimento, conforme a redação do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90.

Neste sentido, confira-se.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU REINCENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. ORDEM DENEGADA.

...omissis...

3. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90.

4. Ordem denegada."(HC 203.818/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23.8.11, DJe 8.9.11)

Destarte, colhe-se dos autos que o crime foi perpetrado em data posterior a 29/03/07, já vigorando, portanto, o art. 2, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova alteração da Lei nº 11.464/07, que estipulava o regime inicial fechado para os crimes hediondos ou equiparados, independente do *quantum* da reprimenda. Ressalvo que a mencionada fixação de regime inicial não pode ser considerada como padronização ou, muito menos, violadora da garantia da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). Na verdade, trata-se de mais um critério para ponderar o grau de censurabilidade com o qual o agente deve arcar pelo delito cometido.

In casu, o Tribunal de origem fixou a pena do paciente em patamar inferior a oito anos - digo, 4 anos e 4 meses -, e aplicou o benefício da causa especial de diminuição de pena prevista na Lei de Drogas, invocando a quantidade e a diversidade de droga apreendida, bem como as circunstâncias em que ocorreu o delito para impedir a redução da pena no patamar máximo, conforme preconiza o art. 42, da Lei nº 11.343/06.

Desta forma, da análise do conjunto probatório dos autos, a despeito da aplicação da minorante especial, o regime inicial de cumprimento da pena, objeto do presente *mandamus*, deve ser o fechado, ficando patente que o ato impugnado não merece reparos, pois reveste-se de motivação concreta, em conformidade com os princípios constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF).

Por fim, no que concerne à pretendida substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, em face da inalterabilidade do *quantum* da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda, fica configurada a ausência do requisito objetivo previsto na primeira parte do art. 44, I, do Código Penal, qual seja, a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos.

Este Sodalício, em uníssonos julgados, vem afastando a possibilidade de avaliação da benesse pleiteada, quando, de plano, constata-se a ausência do aludido requisito. Cito os seguintes precedentes: HC 162.376/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23.8.11, DJe 2.9.11; HC 139.703/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23.8.11, DJe 8.9.11).

Diante do exposto, conheço do *habeas corpus* e denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0027773-8

HC 162.671 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024077520526 24077520526

EM MESA

JULGADO: 26/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: ROBERTA DE MESQUITA RIBEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: RAFAEL SANTOS OLIVEIRA
ADVOGADO	: JAIME DE CARVALHO LEITE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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 Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.