



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.413 - MG (2011/0242969-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JAIRO MOURA
ADVOGADO : JAIRO MOURA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CLAYTON CIRO DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. (3) APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06. OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL A *QUO*. *REFORMATIO IN PEJUS*. ILEGALIDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009. Na espécie, entretanto, não parece arbitrário ou desarrazoado o *quantum* de pena imposto na primeira fase da dosimetria, tendo em vista a quantidade da substância entorpecente apreendida - 47,3 Kg de maconha -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*.

3. O Magistrado sentenciante ao fixar a pena do paciente considerou a incidência do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06. Todavia, a Corte estadual, em recurso exclusivo da defesa, afastou a referida causa especial de diminuição da pena, evidenciando inaceitável *reformatio in pejus*. Nesse contexto, de rigor o reconhecimento da nulidade do acórdão da apelação, no ponto, eis que o Colegiado decidiu, a *contrario sensu* do Juízo de primeiro grau.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de anular o acórdão do recurso de apelação, para que um novo seja prolatado, tendo em vista a aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 pelo juízo sentenciante, sem recurso da acusação, devendo ainda o Tribunal *a quo* se manifestar sobre o regime inicial de cumprimento da pena e eventual substituição por restritiva de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de dezembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.413 - MG (2011/0242969-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JAIRO MOURA
ADVOGADO : JAIRO MOURA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CLAYTON CIRO DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CLAYTON CIRO DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação 0345170-45.2002.8.13.0702).

Consta da impetração que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei 6.368/76, à pena de 8 (oito) anos e vinte dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 80 dias-multa, nestes termos:

Clayton Ciro dos Santos, qualificado às fls. 758 e Eduardo Silva da Costa, qualificado às f. 750, foram denunciados pelo Ministério Público Estadual, como incursos nas sanções do art. 12, *caput*, c.c., art. 18, inciso III, da Lei 6.368-76 e o segundo réu como incurso ainda no art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97, na forma do art. 69, *caput*, do Código Penal brasileiro, porquanto, segundo consta da denúncia, no dia 31 de outubro de 2002, por volta das 17h45min, na residência situada na Rua Cabeleireiro, n.º 691, Bairro Planalto, nesta cidade, os acusados teriam concorrido para o transporte, mediante prévio ajuste de desígnios, sem autorização legal, expondo, por outro lado, à venda, cerca de **47,3 kg de maconha** capaz de causar dependência psíquica.

(...)

A culpabilidade do réu Clayton Ciro dos Santos, pela prática do crime previsto pelo art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76 manifestou-se latente, intensa. O acusado não possui antecedentes criminais nesta Comarca. Quanto a sua conduta social, foram produzidos elementos desabonadores, indicativos da inaptidão ao trabalho e convívio em sociedade. A personalidade do inculcado se mostra acobertada pela má-índole e imoralidade, sendo certo ademais que sua periculosidade se evidencia dentro da média. Inexistiam indubitavelmente motivos para a prática de tão reprovável delito. Ademais, as circunstâncias em que o crime foi praticado são censuráveis. Não se pode deixar de destacar que o crime de tráfico de drogas é delito gravíssimo, uma vez que fomenta a prática de diversos outros crimes para sustentar o vício, os quais, por sua vez, são combustível do tráfico. **Neste contexto, e, levando-se em consideração o conteúdo das circunstâncias judiciais, fixo-lhe a pena-base em doze (12) anos e um (01) mês de reclusão. Inexistem atenuantes genéricas ou inominadas, bem como agravantes. Por outro lado, consta em favor do réu a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas que, por ser mais benéfica deve retroagir, pelo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, diminuo-a em um terço (1/3). Por fim, ressalto que não constam causas de aumento de pena, pelo que, torno-a concreta em: oito (08) anos e vinte (20) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, em observância ao art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, alterada pela Lei n.º 11.464/2007. Nego-lhe a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito em face da quantidade da pena aplicada, natureza do crime, bem como pela impossibilidade imposta pela Lei n.º 8.072/90. Fixo-lhe a pena de multa, consideradas as circunstâncias judiciais acima explicitadas, em cento e vinte (120) dias-multa, a qual, torno concreta, em: oitenta (80) dias-multa, sendo cada dia no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época do fato, vez que, não aferida capacidade econômica superior do inculcado, devendo a verba ser atualizada nos moldes do art. 49, § 2º, do Código Penal brasileiro. (fls. 21-37).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, pugnando pela absolvição por insuficiência de provas; a redução da pena base; maior redução da causa de diminuição do artigo 33 da Lei 11.343/06, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso, nos seguintes termos, no que interessa:

(...)

A conduta social, por sua vez, foi muito pouco explorada, não se sabendo ao certo se o réu desempenhou algum papel relevante, se mantinha boas relações, muito embora não haja prova alguma de emprego lícito capaz de sustentar uma vida mais digna.

Já em relação à personalidade, confesso que tenho combatido as ponderações no sentido de que as avaliações não teriam sustentações científicas plausíveis e deixo consignado que aqueles que tem defendido uma análise restritiva supondo a possibilidade de avaliações científicas acerca dos transtornos de personalidade capazes de conduzir ao recrudescimento da pena-base, fecham os olhos não apenas à realidade do conjunto probatório que sustentariam uma real inclinação para o crime, mormente quando haja elementos de reiteração constante e evidente.

(...)

Portanto, não passou despercebida a Certidão de Antecedentes Criminais de fls. 215 nos dando conta de que o réu apresentava outro envolvimento criminal desde o ano de 2001, não se sabendo ao certo o crime que lhe foi imputado, muito menos a de fls. 456 que nos dá conta de que após ser libertado nos autos do processo, teria sido denunciado por outro crime e preso em flagrante em duas outras oportunidades nos anos de 2004 e 2005, o que de fato acaba revelando uma real predisposição a ações criminosas, o que afastaria a benéfica visão da defesa acerca de sua personalidade.

E o único envolvimento do réu que antecedeu a ação descritiva contida na denúncia, não revela força suficiente para desqualificar os seus antecedentes criminais, muito menos há notícia de condutas incompatíveis.

Os motivos da ação, também não se mostrariam edificantes, já que obter lucro com o padecimento alheio, sem que tenha uma real situação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pressão econômica, não beneficiaria em nada a posição do réu.

As circunstâncias em que o crime fora cometido, não me pareceram absolutamente desqualificantes, se não revelariam um traço normal da ação necessária para o tráfico, a clandestinidade, muito embora as consequências do crime se mostrassem potencialmente danosas em função do enorme volume de drogas transportadas.

Das sete condições possíveis, já que o comportamento das potenciais vítimas não seria próprio de análise, em função do objeto tutelado pela norma incriminadora que é a saúde pública, poderíamos afirmar que apenas três estariam maculadas, situação, sendo certo que a quantidade de droga apreendida suporia tratamento mais efetivo, condição, no entanto, que não geraria fundamento suficiente para a imposição penal tendente a máxima, se não à média, o que seria também atenuada pela primariedade técnica, recrudescendo, portanto, ainda mais, a imposição penal e importaria na sua fixação entre a mínima e a média imposição penal.

Neste contexto, não vislumbrei espaço para impor uma pena-base tendente à máxima, no patamar de 12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão, mesmo porque a pena foi fixada segundo a ótica do art. 12 da Lei Federal 6.368/76, de modo que a pena tal como Fixada não pode prevalecer, devendo ser reduzida em patamar entre a mínima, que é de 3 anos e a média, que é de nove anos, o que resulta na diminuição da pena para 6 (seis) anos de reclusão e 97 (noventa e sete) dias-multa.

Não havendo atenuantes ou agravantes reconhecidas, a pena manteria este patamar na segunda fase.

Na terceira fase, não havendo causas gerais de aumento reconhecidas, teria o digno Juízo aplicado a nova causa de diminuição legislada.

Quanto à aplicação retroativa da regra do art. 33, § 4º, da Lei Federal 11.343/06, em que pesem as ponderações de tantos, não vejo como se pudesse aplicar diretamente a nova causa diretamente a pena declinada na norma anterior, criando, com este expediente, uma forma híbrida, distinta de ambas as normas, situação por certo causaria lesão ao princípio da isonomia.

Não vejo como seja possível sustentar o hibridismo entre duas normas penais, porque a vingar a interpretação da possibilidade de fusão de ambas, com a aplicação direta da causa de diminuição prevista na nova lei em preceito secundário, à pena concretizada sob égide da norma anterior, estaria o Poder Judiciário se imiscuindo com funções tipicamente legislativas, já que a só fusão representaria a criação de uma terceira norma absolutamente dissociada do contexto de ambas.

(...)

Neste contexto, se a ação fosse avaliada sob a ótica da nova lei a pena base seria recrudescida para 7 anos e 6 meses de reclusão e a fração matemática aplicável ao caso, ao contrário do que declinou o digno Juízo, seria a mínima, ou seja, 1/6, em função das condições do art. 42 da Lei Federal 11.343/06, mormente porque a enorme quantidade de droga apreendida revelaria até mesmo uma forma empresarial, expondo até mesmo a necessidade de um enorme contingente de pessoas para a disseminação, tornando patente até mesmo a necessidade de uma real organização na atividade criminosa, o que por certo afastaria a própria condição.

Seja como for, não vislumbrei as condições para a aplicação da causa no patamar declinado na sentença hostilizada, menos ainda que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se pudesse aplicar diretamente a causa na pena da nova legislação, o que representaria atenuação da pena para 6 (seis) anos e 3 (três) meses, além do completo recrudesimento da pena de multa, que passaria para 616 (seiscentos e dezesseis) dias-multa, revelando a ausência de benefícios ao réu.

(fls. 53-62).

Aduz que o acórdão ora impugnado apreciou de forma incorreta os elementos jurídicos e legais, tendo em vista que, "viola o princípio constitucional da vedação à *reformatio in pejus*, além do sistema trifásico da dosimetria da reprimenda, e ainda, sem devida fundamentação idônea, manteve a pena-base em patamar exacerbado". Assevera que, "em se tratado de apelo interposto exclusivamente pela defesa, resta vedado o aumento da pena imposta em cada uma das fases da dosimetria".

Insurge-se, assim, contra a exclusão da redução operada na terceira fase da dosimetria da pena pelo juiz de 1º grau. Pugna, assim, pela reinclusão da redução em seu grau máximo, ou ao menos no patamar fixado na sentença. Alega, ademais, que a pena-base não poderia ter sido fixada no dobro do mínimo legal, requerendo, assim, sua redução, bem como, em consequência, a alteração do regime de cumprimento da pena.

Requer, liminarmente, a possibilidade de aguardar em liberdade o julgamento do *writ*. No mérito, pugna pela nulidade do acórdão objurgado, operando-se novo redimensionamento da pena, com redução da pena-base e incidência da minorante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, readequando-se o regime de cumprimento da pena e substituindo a pena por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 67-69.

As informações foram juntadas às fls. 74-101, 103-133, 155-156 e 158-161.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 136-150, da lavrada Subprocuradora-Geral da República Lindôra Maria Araujo, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.413 - MG (2011/0242969-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. (3) APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06. OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL A *QUO*. *REFORMATIO IN PEJUS*. ILEGALIDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009. Na espécie, entretanto, não parece arbitrário ou desarrazoado o *quantum* de pena imposto na primeira fase da dosimetria, tendo em vista a quantidade da substância entorpecente apreendida - 47,3 Kg de maconha -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*.

3. O Magistrado sentenciante ao fixar a pena do paciente considerou a incidência do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06. Todavia, a Corte estadual, em recurso exclusivo da defesa, afastou a referida causa especial de diminuição da pena, evidenciando inaceitável *reformatio in pejus*. Nesse contexto, de rigor o reconhecimento da nulidade do acórdão da apelação, no ponto, eis que o Colegiado decidiu, a *contrario sensu* do Juízo de primeiro grau.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de anular o acórdão do recurso de apelação, para que um novo seja prolatado, tendo em vista a aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 pelo juízo sentenciante, sem recurso da acusação, devendo ainda o Tribunal *a quo* se manifestar sobre o regime inicial de cumprimento da pena e eventual substituição por restritiva de direitos.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto ao pedido de redução da pena-base, cumpre deixar assentado que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as conseqüências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na seqüência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das conseqüências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e conseqüências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

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

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada.

(HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O *quantum* de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados.

(HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Assim, não obstante se admita a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente mandamus tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o *habeas corpus* presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012)

In casu, vê-se que o Tribunal de origem reduziu a pena-base aplicada ao paciente de 12 (doze) anos para 6 (seis) anos de reclusão.

Assim, não parece arbitrário ou desarrazoado o *quantum* de pena imposto na primeira fase da dosimetria, tendo em vista a quantidade da substância entorpecente apreendida - 47,3 Kg de maconha -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Quanto à legitimidade da exasperação das penas, na primeira fase de sua individualização, com fulcro na quantidade e diversidade das drogas, cumpre colacionar alguns precedentes deste Sodalício, a título ilustrativo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que a Corte originária levou especialmente em consideração a desfavorabilidade das circunstâncias em que cometido o delito, já que o agente foi flagrado na companhia de menor e na posse de elevada quantia em dinheiro, indicativa de tráfico em larga escala, e ainda as referentes à natureza, variedade e quantidade das drogas apreendidas - 82 gramas de maconha, 19,38 gramas de cocaína e 16,93 de crack - não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

(...)

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, em parte concedido, apenas para fazer preponderar a atenuante da menoridade relativa sobre a agravante da reincidência, restando a sanção do paciente definitiva em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 6 (seis) dias de reclusão e pagamento de 635 (seiscentos e e trinta e cinco) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatido.

(HC 237.264/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETA E IDÔNEA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração para a exasperação da pena-base especialmente a diversidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente (maconha, cocaína e *crack*), além da quantidade (catorze porções de maconha, com peso total de 48,7 g; seis porções de cocaína em pó, com peso total aproximado de 3 g; nove porções de cocaína em pó, com peso total de 5 g e uma porção de cocaína sob a forma de *crack*, com peso total de 3,7).

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal 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 ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como à fixação do regime inicial aberto aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

3 Ordem parcialmente concedida para afastar a vedação legal à fixação do regime menos gravoso e à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, cabendo às instâncias originárias a verificação quanto ao preenchimento pelo paciente dos requisitos necessários. (HC 226.272/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 11/06/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO PELA LEI Nº 6.368/1976. 1. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADAS NEGATIVAMENTE. 2. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. 3. REQUISITOS LEGAIS PARA A INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NA NOVA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 3. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PEDIDO PREJUDICADO. 4. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi estabelecida considerando a elevada quantidade de droga apreendida, bem como em razão das consequências nefastas do delito, cujos lucros obtidos com o comércio ilícito eram destinados à manutenção de organização criminosa.

2. A partir do julgamento do EREsp nº 1.094.499/MG, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de ser inadmissível a combinação de leis, de modo a evitar a criação de uma terceira norma não prevista no ordenamento jurídico, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º, da Lei nº 11.343/06, ao preceito do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, ressalvada minha opinião no sentido da possibilidade de aplicação de norma posterior benéfica.

3. Deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas, na íntegra, será ou não mais favorável ao réu. Na hipótese, não faz jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o paciente que se dedica a atividades criminosas e integra organização criminosa, circunstâncias devidamente reconhecidas no acórdão da apelação.

4. *Habeas corpus* denegado.

(HC 128.343/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 24/04/2012)

Destarte, demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da quantidade da droga, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base.

Ademais, cumpre esclarecer que a aplicação retroativa da causa diminuição prevista na nova lei de drogas a fatos ocorridos na vigência da Lei n.º 6.368/76 não se mostra possível, dado que não se me afigura correta a combinação de leis. Esse entendimento há muito defendo.

De fato, admitir a incidência de circunstâncias da nova lei mais favoráveis ao paciente, criando-se uma terceira lei mais benéfica, mista, que reúna dispositivos de ambas as leis, trata-se de desconfigurar os termos de um mesmo e único dispositivo, o que, segundo meu entendimento, extrapola a função judicial, imiscuindo-se o julgador na tarefa legislativa, ao rechaçar uma opção política, desestabilizando o equilíbrio entre os Poderes do Estado.

Ora, não é dado ao Poder Judiciário ingressar em seara própria do Poder Legislativo. Isso porque, se prestigiada a tese ora agitada, estar-se-ia a congregar preceitos mais favoráveis de duas leis distintas, dando azo à criação de uma terceira - híbrida e anômala - norma.

É de ver que o § 4.º do artigo 33 traz uma norma una, porém complexa. Daí a indissociabilidade de seus comandos internos e justapostos. Um fato ninguém ignora: a *mens legis* da nova lei de drogas não foi suavizar o tratamento daqueles que resolvem traficar.

Com efeito, a partir do advento da Lei n.º 11.343/06, tornou-se mais rigoroso o tratamento dos grandes traficantes e daqueles que se entregam com frequência ao comércio malsão. Por outro lado, conferiu-se uma benignidade modulada em relação ao pequeno traficante que debuta na seara, com a previsão da causa de diminuição do § 4.º do art. 33.

Nesse âmbito, no julgamento do HC n.º 94.188/MS, em 16.11.2010, a Sexta Turma deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EREsp n.º 1.094.499/MG, da relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei n.º 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto.

Na hipótese, porém, verifica-se que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente como incurso no art. 12 da Lei 6.368/76 e ainda considerou a incidência do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, não tendo o Ministério Público recorrido do *decisum*.

Dessarte, embora escoreito o entendimento do Tribunal de origem de afastar a aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que realmente não se mostra possível a combinação de leis, é de ver que não poderia a Corte estadual, apreciando recurso exclusivo da defesa, afastar a referida causa especial de diminuição da pena, pois tal fato evidencia inaceitável *reformatio in pejus*.

Nesse contexto, de rigor o reconhecimento da nulidade do acórdão do recurso de apelação, eis que o Colegiado decidiu a *contrario sensu* do Juízo singular

Com efeito, imprescindível a prolação de um novo acórdão, para que o Tribunal de origem manifeste-se quanto ao patamar de redução da reprimenda, tendo em vista à aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 em primeiro grau.

Ante o exposto, não conheço do *writ*, mas concedo a ordem, de ofício, a fim de anular o acórdão do recurso de apelação, para que um novo seja prolatado, tendo em vista a aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 pelo juízo sentenciante, sem recurso da acusação, devendo ainda o Tribunal *a quo* se manifestar sobre o regime inicial de cumprimento da pena e eventual substituição por restritiva de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0242969-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 221.413 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10702020345170 702020345170

EM MESA

JULGADO: 17/12/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JAIRO MOURA

ADVOGADO : JAIRO MOURA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : CLAYTON CIRO DOS SANTOS

CORRÉU : EDUARDO SILVA DA COSTA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Parte Geral - Aplicação da Pena - Substituição da Pena

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.