



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.106 - SC (2010/0185026-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : FÁBIO FARAH DELL'OSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ERONILDO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICADORAS DO AUMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

2. Não há ilegalidade no aumento da pena-base se nas instâncias ordinárias esclareceu-se ter sido grande a quantidade de droga apreendida – 22 kg (vinte e dois quilogramas) de "cocaína". O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que o "*juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto*".

3. Não havendo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o *quantum* de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*. Precedentes.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena estabelecida – 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão.

6. O Plenário da Suprema Corte, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso, considerando o *quantum* da pena estabelecida e tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, porque considerada, no caso concreto, circunstância judicial desfavorável ao réu, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

8. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.106 - SC (2010/0185026-0)

IMPETRANTE : FÁBIO FARAH DELL'OSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ERONILDO DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ERONILDO DE SOUZA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, proferido na apelação criminal n.º 2009.034882-8.

No caso, o Paciente foi preso em flagrante delito, no dia 25/03/2009, e, posteriormente, denunciado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, porque transportava aproximadamente **22 kg (vinte e dois quilogramas) de "cocaína"**. Ao final da instrução criminal, o Paciente restou condenado à pena de 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o § 4.º e art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/2006, sendo-lhe vedado o direito de recorrer em liberdade.

Interposta apelação perante o Tribunal *a quo*, este negou provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença condenatória.

No presente *writ*, alega o Impetrante que a exasperação da pena-base acima do mínimo legal não está devidamente fundamentada, porque "*a análise das circunstâncias e conseqüências do crime referem-se à circunstância elementar do tipo, não podendo, assim, ser utilizada para elevar a pena-base*" (fl. 3). Acrescenta que, ainda que assim não fosse, o aumento implementado na primeira fase foi exagerado, desobedecendo, portanto, o critério da proporcionalidade.

Sustenta que o Paciente faz jus também à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), porque não há, nas decisões impugnadas, fundamentação concreta para fixação do redutor no patamar de 1/6 (um sexto).

Por conseguinte, aduz que é devido, no caso, a fixação de regime prisional inicial menos gravoso, bem assim a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a reformulação da dosimetria penal, nos moldes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima explicitados.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 352/353.

As judiciosas informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 360/362, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.106 - SC (2010/0185026-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICADORAS DO AUMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. *QUANTUM* DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

2. Não há ilegalidade no aumento da pena-base se nas instâncias ordinárias esclareceu-se ter sido grande a quantidade de droga apreendida – 22 kg (vinte e dois quilogramas) de "cocaína". O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que o "*juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto*".

3. Não havendo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o *quantum* de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*. Precedentes.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena estabelecida – 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão.

6. O Plenário da Suprema Corte, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso, considerando o *quantum* da pena estabelecida e tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, porque considerada, no caso concreto, circunstância judicial desfavorável ao réu, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

8. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO

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

No caso, o Paciente foi preso em flagrante delito, no dia 25/03/2009, e, posteriormente, denunciado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, porque transportava aproximadamente **22 kg (vinte e dois quilogramas) de "cocaína"**. Ao final da instrução criminal, o Paciente restou condenado à pena de 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o § 4.º e art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/2006, sendo-lhe vedado o direito de recorrer em liberdade.

O Juízo sentenciante fixou a reprimenda do Paciente, mediante os seguintes fundamentos:

"Passo a aplicar-lhe a pena.

*Analisadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade foi normal para o tipo legal infringido. O réu não possui antecedentes. Não há dados precisos nos autos para se aquilatar sobre a personalidade e conduta social do acusado. Os motivos do crime se deram em razão do réu pretender ganhar dinheiro fácil sem muito esforço. **As circunstâncias e consequências do crime foram além do normal, diante da grande quantidade de droga apreendida, que teria potencial ofensivo para destruir dezenas de lares.** Não houve comportamento participativo da vítima. Assim, **fixo a pena base acima do mínimo legal**, já que entre o universo mínimo de cinco anos e o máximo de quinze anos, **entendo que a reprovação para a conduta do acusado deve ser proporcional a grande quantidade de droga apreendida, ou seja, mais de vinte quilos de cocaína**, impondo a fixação da pena base em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa. (grifo acrescido)*

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes a serem consideradas, mas reconheço a confissão parcial, pelo que diminuo a pena em 6 (seis) meses de reclusão.

Na terceira fase, reconheço em desfavor do acusado a causa de especial aumento prevista no inciso V, do artigo 40 da Lei de Drogas, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

me faz exacerbar a reprimenda em 1/6, mas nesta fase milita em favor do réu a regra mais benéfica contida no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, razão pela qual entendo que a pena privativa de liberdade merece ser mitigada em 1/6 (um sexto), pois o transporte de mais de 22 quilos de cocaína não autoriza que a pena seja diminuída além desse patamar mínimo, até porque a quantidade de droga apreendida demonstra uma potencial inclinação ao tráfico. Torno, assim, a pena concreta e definitiva em 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Fixo o regime **fechado** como o inicial para o resgate da pena corporal, pois **os fatos ocorreram após a vigência da Lei n.º 11.464, de 28 de março, de 2007, que alterou o § 2.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90.** (grifo no original)

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o delito de tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo e a nova lei de tóxicos impede expressamente a substituição no art. 44.

Isto posto, julgo **PROCEDENTE**, a denúncia para, em consequência, **CONDENAR** o acusado **Eronildo de Souza** à pena de 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no valor individual de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos (art. 43, da Lei 11.343/06), por infração ao art. 33, caput, c/c o § 4.º, e artigo 40, V, ambos da Lei n.º 11.343/06. (fls. 99/100; grifo no original)

Interposta apelação perante o Tribunal *a quo*, este negou provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença condenatória, em acórdão assim ementado:

No caso, o douto togado, corretamente, majorou a pena basilar em dois anos de reclusão, considerando a quantidade e a nocividade da droga apreendida, e, muito embora o entendimento deste Órgão Fracionário facultasse um aumento de vinte meses de reclusão, a mensurada quantidade seria suficiente para produzir, em média, vinte mil porções da droga, abastecendo um número incalculável de usuários e fazendo propagar o vício, o que autoriza, excepcionalmente, um incremento superior.

Nesse particular, a novel legislação é, inclusive, expressa.

Comanda o art. 42 da Lei de Drogas que, ao fixar a pena-base, o julgador deverá dar valoração preponderante à natureza e à quantidade da substância ou produto, além da personalidade e da conduta social do agente.

Isso, porque, 'há que se distinguir o pequeno do grande traficante, estabelecendo-se maior rigor na fixação da pena base quando se tratar de prisão de agente com razoável quantidade de material tóxico, não só pela alta periculosidade demonstrada, como pelas consequências altamente danosas do ilícito' (Ap. Crim. n. 2005.009724-2, de Palhoça, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 19.7.2005).

[...]

Na segunda fase, não havia agravantes a serem sopesadas, mas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecida a confissão parcial, operou-se a diminuição da pena em 6 (seis) meses, totalizando-a, nessa etapa, em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na fase derradeira, pretende a defesa a exclusão da majorante prevista no inc. V do art. 44 da Lei Antidrogas, sob a alegativa de alealque, em nenhum momento, ficou comprovada a origem da droga apreendida, tampouco o local onde poderia ser comercializada (fl. 94).

Todavia, não há dúvidas de que o transporte da droga, adredemente planejado, envolveu dois Estados da Federação (Mato Grosso do Sul e Santa Catarina), traduzindo extrema reprovabilidade de conduta, uma vez que é ressabido que o tráfico interestadual está cada vez mais ativo, devendo ser coibido intensamente.

[...]

Registre-se, ainda, que, para a configuração da causa de especial aumento prevista no art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/06, não é necessária a comprovação do local da produção da droga apreendida, tampouco onde seria comercializada, bastando que o corpo probatório aponte que a droga foi trazida de outro Estado Federativo, como ocorreu, na hipótese.

Igualmente, deve mantida a redução de 1/6 (um sexto) em face da causa de especial diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, considerando-se a natureza da substância apreendida, 22,180 kg de cocaína, quantidade significativa de elevado grau de capilaridade e multiplicação de usuários, como pela própria danosidade à saúde, diante da dependência química que causa, bem assim, pelas seqüelas provocadas pelo seu uso (vide Rec. Agr. n. 2007.017220-9, de Blumenau, reI. Des. Amaral e Silva, j. 26.9.2007).

De outro lado, o pleito de mudança do regime fechado para o mais brando esbarra em vedação disposta na Lei n. 11.464, de 29 de março de 2007, que modificou o art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos e passou a prever, no seu § 10, que os condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecente iniciarão o cumprimento da pena no regime fechado, o que é o caso.

[...]

No tocante à rogativa pela suspensão condicional da pena ('sursis'), emana da própria lei penal que rege a matéria 'sub judice' a impossibilidade de atendimento do pleito (art. 44, 'caput', da Lei n. 11.343/2006)." (fls. 290/294; grifos acrescidos.)

No presente writ, busca o Impetrante, em síntese, a redução da pena-base para o mínimo legal, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços) e, por conseguinte, a fixação de regime prisional inicial menos gravoso, bem assim a substituição da pena reclusiva por sanções restritivas de direitos.

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via angusta do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso, como se vê dos trechos transcritos acima, a pena-base do Paciente foi fixada um pouco acima do mínimo legal, com fundamento na natureza e quantidade de substância entorpecente apreendida – **22 kg (vinte e dois quilogramas) de "cocaína"** –, circunstância que justifica o aumento de 2 (dois) anos implementado à pena-base, pois evidencia a maior reprovabilidade da conduta do agente.

No ponto, relembre-se o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que o "*juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a **quantidade da substância ou do produto***" (grifei).

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Paciente condenado à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 600 dias-multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido trazendo consigo 596g de maconha e 84g de cocaína.

2. O Tribunal a quo, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta do réu, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal.

[...]

10. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 194.709/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 17/10/2012; grifei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. [...]. **CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 5. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. 6. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 7. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

[...]

4. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado no que diz respeito à fixação da pena-base acima do mínimo legal, se ela foi estabelecida levando em consideração a quantidade de droga apreendida - 2 kg (dois quilos) de cocaína -, porquanto observados os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

5. No caso, o regime mais rigoroso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 anos - 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão -, levando em consideração os mesmos vetores antes mencionados.

6. Inviável a substituição por restritivas de direitos, a teor do que dispõe o art. 44, I, do Código Penal.

7. Ordem não conhecida." (HC 248.108/SP, Quinta Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 02/10/2012; grifei.)

Desse modo, inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o *quantum* de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 417. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAR A MUNIÇÕES APREENDIDAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

1. A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n.º 417, convertida na Lei n.º 11.706/2008, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas e munição de uso restrito, como no caso dos autos, em que o Paciente foi flagrado na posse de munições de uso restrito, no dia 23 de setembro de 2006.

2. Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redimensionamento na via angusta do habeas corpus. Precedentes.

3. No caso, para exacerbação da pena acima do mínimo, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de origem consideraram como desfavoráveis as circunstâncias do crime, apontando elementos concretos para justificar a exasperação, quais sejam, a grande quantidade de acessórios e de munição de arma de fogo de uso restrito de diversos calibres e modelos, que formava um verdadeiro arsenal, utilizado para garantir a atividade de tráfico de drogas.

4. Ordem denegada." (HC 123.573/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 02/08/2010; grifei.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO EM DADOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. AFERIÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO. IMPOSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. REGIME MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. MATÉRIA NÃO-ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. Não se observa violação aos arts. 59 e 68 do Código Penal quando há fundamentação em dados concretos para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da existência de maus antecedentes.

3. A legislação penal brasileira não prevê critérios objetivos para a fixação da pena-base.

4. O simples fato de existir apenas uma circunstância judicial desfavorável não impõe, necessariamente, que a reprimenda básica seja fixada próxima ao mínimo legal. A contrario sensu, a existência de diversas circunstâncias contrárias ao réu não implica a obrigatoriedade de aplicar a pena-base próxima ao patamar máximo.

5. Mostra-se incabível rever a extensão do aumento da pena-base, quando devidamente fundamentada, pois tal proceder implicaria aprofundada valoração do conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível de ser realizada em sede de habeas corpus.

6. As circunstâncias avaliadas pelo juiz na fixação da sanção básica devem ser consideradas também na fixação do regime de cumprimento da reprimenda, razão por que inexistente constrangimento ilegal na aplicação de regime mais rigoroso, caso alguma das circunstâncias judiciais assim o recomende (art. 33, § 3º, do Código Penal).

7. Não tendo a controvérsia relativa ao reconhecimento da confissão espontânea sido objeto de debate e julgamento por parte do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de origem, o exame da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, ocasionaria indevida supressão de instância.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada."
(HC 131.765/MS, Quinta Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 03/08/2009; grifei.)

De outra parte, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011, *v.g.*

Acrescente-se, ainda, que, em 15/02/2012, foi editada a Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da referida regra.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias – **6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão.**

Noutro giro, o Tribunal Pleno da Suprema Corte, em 27/06/2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/2007), e afastou a obrigatoriedade de, aprioristicamente, fixar-se o regime inicial fechado para os condenados por tráfico ilícito de drogas.

Na ocasião, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado particularizar a reprimenda do condenado, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Assim, consoante orientação do Pretório Excelso, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto nos §§ 2.º e 3.º do art. 33 c.c. o art. 59, ambos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, conforme a hipótese.

No entanto, a sentença condenatória, convalidada pelo acórdão impugnado, considerando as peculiaridades concretas do caso em questão, majorou a pena-base do Paciente, sobretudo diante da gravidade das circunstâncias e consequências do delito.

Desse modo, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, vê-se que o julgador, de modo escorreito, por ocasião da individualização da reprimenda penal, observou adequadamente o disposto no artigo 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, para a imposição do regime prisional mais gravoso.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. De acordo com o art. 33, § 2º, alínea b e § 3º, do Código Penal, ao réu primário pode ser atribuído o regime semiaberto, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

2. **Não há constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado ao paciente condenado à pena privativa de liberdade de 8 (oito) anos, que teve a pena-base fixada acima do mínimo legal porque possui circunstâncias judiciais negativas.**

3. Habeas corpus *denegado*." (HC 173.373/GO, Quinta Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 11/04/2012; grifei.)

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

1. **Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu - condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado -, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.**

2. Toda custódia cautelar, inclusive a proferida por ocasião da prolação da sentença condenatória sem trânsito em julgado, somente poderá ser implementada com os devidos fundamentos, nos termos dos arts. 312 e 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n.º 11.719/2008.

3. Na espécie, a manutenção da constrição cautelar encontra-se suficientemente fundamentada em razão das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública. Precedentes.

4. Ordem denegada, cassada a liminar parcialmente deferida, salvo se o Paciente preencher os requisitos para progredir para o regime semiaberto." (HC 207.217/SP, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 14/10/2011; grifei.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0185026-0

HC 187.106 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090348828 5090049084

EM MESA

JULGADO: 05/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FÁBIO FARAH DELL'OSO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : ERONILDO DE SOUZA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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