



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.298 - PB (2011/0080752-5)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : RAPHAEL CORREIA GOMES RAMALHO DINIZ E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE : ANDREANDSON LIMA DE MELO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO MÁXIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– Excetuados os casos de patente ilegalidade, é vedado, em sede de *habeas corpus*, o amplo exame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da pena, por demandar profunda análise de matéria fático probatória.

– Demonstrado, pelas instâncias ordinárias, o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base.

– No tocante à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a quantidade de droga apreendida, *in casu*, 96 (noventa e seis) papелotes de maconha, pesando um total de 376g (trezentos e setenta e seis gramas), é causa suficiente para afastar a aplicação do grau máximo da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– O Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

– No caso, apesar de a pena do paciente ter sido fixada em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 12 de março de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.298 - PB (2011/0080752-5)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : RAPHAEL CORREIA GOMES RAMALHO DINIZ E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE : ANDREANDSON LIMA DE MELO

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Cuida-se de *habeas corpus*, impetrado em benefício de ANDREANDSON LIMA DE MELO, contra ato do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS.. Tráfico de drogas. Condenação. Fixação da pena. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Obediência aos ditames legais preconizado no art. 59 do Código Penal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Aplicação no mínimo legal. Impossibilidade. Súplica pelo reconhecimento da causa de diminuição prevista no §4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, no patamar máximo. Não preenchimento das exigências legais. Regime. Mudança. Vedação legal. Substituição da reprimenda. Impossibilidade. Denegação da ordem.

Não há falar em ausência de fundamentação na fixação da pena-base quando o juiz obedece os critérios legais no cálculo da reprimenda, analisando as circunstâncias judiciais previstas do art. 59 do Código Penal Repressivo.

Assim, somente quando todos os parâmetros do art. 59 do Código Penal Punitivo favorecem o acusado é que a pena-base deve ser estabelecida no patamar mínimo, de sorte que basta pelo menos um.a das circunstâncias judiciais militar em seu desfavor, para ser justificada a reprimenda acima do mínimo legal.

Não se mostra viável a aplicação no máximo, do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, dadas as circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis, as características do crime e a quantidade de droga envolvida.

O regime prisional imposto para o início do cumprimento da reprimenda, com a vigência da Lei 11.464/07, é o -fechado, para todos os condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, independentemente do quantum de pena aplicado.

Conforme o disposto no art. 44 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico de entorpecentes é expressamente vedada a conversão da pena privativa de liberdade cominada por restritivas de direitos.

No presente *writ*, sustenta a impetrante ilegalidade na fixação da pena base, requerendo seja a dosagem da primeira etapa de fixação da reprimenda estabelecida no mínimo legal. Alega, ainda, estarem presentes os requisitos legais para a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, afirmando não ser válida a redução da pena em apenas 1/4 (um quarto) com base tão somente na natureza e quantidade da droga apreendida. Pugna, também, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, e, caso não seja concedida, pleiteia a fixação de regime inicial mais brando.

Não houve pedido liminar.

Prestadas informações, o Ministério Público opinou pela parcial concessão da ordem da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.298 - PB (2011/0080752-5)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso especial. Confira-se:

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal". Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente writ por se cuidar de substitutivo de recurso ordinário.

Todavia, passo à análise do pedido deduzido diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Excetuado os casos de patente ilegalidade, é vedado, em sede de *habeas corpus*, o amplo exame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da pena, por demandar profunda análise de matéria fático probatória.

Cabe ao julgador, ao individualizar a pena, examinar com acuidade as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a pena necessária à efetiva repressão do crime.

Verifica-se dos autos que as instâncias ordinárias, em razão da quantidade da droga apreendida fixaram a pena base 1 (um) ano acima do mínimo legal. É o que se extrai do seguinte trecho da sentença, mantido pelo acórdão ora combatido (fl. 54):

Considerando. as circunstâncias judiciais acima analisadas, a natureza (MACONHA) e a quantidade das substâncias apreendidas (96 PAPELOTES), fixo.à pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, à 'razão de 1/30 da salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizado quando do seu efetivo recolhimento. Anote-se que somente quando todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP forem favoráveis é que, a pena deve ficar no mínimo legal. Existindo circunstâncias desfavoráveis, como no caso concreto, natural que a pena se afaste do mínimo.

Não há se falar em ilegalidade na dosagem da reprimenda na primeira fase da dosimetria, pois, como visto, foram adotados elementos concretos para justificar a fixação da pena base acima do mínimo legal, tendo em vista a significativa quantidade da droga apreendida - 96 (noventa e seis) papelotes de maconha, perfazendo um total de 376g (trezentos e setenta e seis gramas) -, estando a decisão em conformidade com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que estabelece que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a **quantidade da substância ou do produto**, a personalidade e a conduta social do agente".

Assim, demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, as instâncias ordinárias entendeu ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAIS GRAVOSO. TESE IMPROCEDENTE, EM RAZÃO DO AUMENTO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE JUSTIFICADO NA EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (288 PEDRAS DE CRACK). INCIDÊNCIA DO ART. 42, DA LEI N.º 11.343/06. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. **Não há ilegalidade no aumento da pena-base se nas instâncias ordinárias esclareceu-se ter sido grande a quantidade de droga apreendida. O art. 42 da Lei n.º 11.343/06 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".**

2. Justificado o aumento da pena-base acima do patamar mínimo, impõe-se a fixação de regime prisional inicial mais severo no caso, por imposição legal (art. 33, § 3.º, do Código Penal).

3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 232.805/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 18.2.2013)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. REGIME FECHADO FIXADO EM RAZÃO DA ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida. **As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a expressiva quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.**

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

4. **É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, 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, a personalidade e a conduta social do agente".**

5. Devidamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em razão da elevada quantidade das drogas apreendidas - 70,640 kg de maconha e 1 kg de cocaína - não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 237.570/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 18.2.2013)

Quanto à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, sem razão, também, a impetrante.

Verifica-se que o magistrado singular, ao aplicar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, consignou que (fl. 49):

Por ser o réu primário e portador de bons antecedentes, e não havendo notícias de que se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, entendo cabível aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Assim, considerando- a natureza da substância apreendida (MACONHA), a quantidade (96 PAPELOTES), além das demais circunstâncias que envolveram a prática do delito, reduzo a pena em 1/4, ou seja, totalizando 03 (TRÊS) ANOS E 09 (NOVE) MESES DE RECLUSÃO E 375 (TREZENTOS E SETENTA E CINCO) DIAS-MULTA que deve ser calculada à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

A Corte a quo, por sua vez, afirmou que (fls. 30-31):

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP e, especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: "O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância. ou do produto, a personalidade. e a conduta social do agente".

Assim, na esteira do firme entendimento sufragado no âmbito da Quinta Turma, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução, Vejamos:

{...}

Com efeito, a decisão combatida está bem fundamentada, não se mostrando viável a aplicação, no, máximo, do redutor previsto no artigo .33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, dadas as .circunstâncias as judiciais desfavoráveis, as características do crime e a quantidade de droga envolvida, não havendo o que reparar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, verifica-se que as instâncias ordinárias aplicaram o redutor na fração de 1/4 (um quarto), deixando de fixá-lo em seu grau máximo, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a quantidade, *in casu*, 96 (noventa e seis) papérolas de maconha, pesando um total de 376g (trezentos e setenta e seis gramas), é causa suficiente para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º DA LEI DE DROGAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. 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 TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/5. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTA TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE, REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL, NA ESPÉCIE, A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que a natureza e a quantidade da droga apreendida - 161 gramas de cocaína -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justificam a aplicação do redutor em 1/5, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. 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.

3. **A significativa quantidade de drogas impede, ainda, a incidência da causa de diminuição prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, conforme já decidiram ambas as Turmas que compõem a Terceira seção desta Corte.**

[...]

6. Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto. (HC 190.780/SC, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 17.10.2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 35 DA LEI Nº 11.343/06. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. RÉU ABSOLVIDO PELA CORTE A QUO. PLEITO DE CONDENAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de proceder à análise da existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou ainda, a adequada pena-base a ser aplicada ao réu. Rever tal entendimento esbarra no óbice do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

2. **Esta Corte de Justiça Superior tem asseverado que a expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado é hábil a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a depender das peculiaridades da hipótese concreta. In casu, trata-se de 14,175 kg de cocaína, "acondicionada em 14 pacotes embalados, iguais, ocultada nos painéis internos do porta-malas", circunstância esta que impede a aplicação do mencionado redutor de pena.**

3. Recurso especial parcialmente provido, tão somente a fim de afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. (REsp 1154965/RS, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 20.8.2012).

Quanto ao pleito de fixação do regime inicial aberto, bem como o de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas, razão também não assiste à impetrante.

O Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

No caso, apesar de a pena do paciente ter sido fixada em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu - apreensão de 96 (noventa e seis) papelotes de maconha, pesando um total



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 376g (trezentos e setenta e seis gramas) -, justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do voto do em. Min. Marco Aurélio Bellizze, no julgamento do HC 249.101/MG:

*Consta dos autos ter o paciente sido condenado à sanção privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, **em regime inicial fechado**, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.*

(...).

*No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, para além da pena ter sido fixada em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, a substituição do regime prisional não se mostra adequada, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida, qual seja, 14,4g (catorze gramas e quatro decigramas) de cocaína, entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante.*

Pelo mesmo motivo adrede exposto, não se mostra cabível a substituição da pena reclusiva por medidas restritivas de direitos (Quinta Turma, julgado em 23.10.2012, DJe de 30.10.2012).

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO (METADE). QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 3. ORDEM DENEGADA.

1. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade de droga apreendida autoriza a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

2. No caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 4 (quatro) anos (diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão), levando em conta a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente (27 tubetes de cocaína e 4 trouxinhas de maconha), circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

3. Habeas corpus denegado (HC 223.455/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 6.3.2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

(...).

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA INFRAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. MODO SEMIABERTO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Não obstante a sanção tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o modo fechado está justificado em razão da gravidade concreta da infração, dada a quantidade e a natureza do tóxico apreendido e demais circunstâncias que envolveram a prisão.

3. Ordem denegada (HC 244.870/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21.9.2012).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. 2. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o 'tráfico privilegiado' tipo autônomo.

2. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente apreendida, recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 249.249/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 30.10.2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, constata-se não ser o caso de concessão da ordem de ofício, pois não há flagrante ilegalidade a sanar.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0080752-5

HC 203.298 / PB
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20020100166715

EM MESA

JULGADO: 12/03/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **RAPHAEL CORREIA GOMES RAMALHO DINIZ E OUTRO**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA**

PACIENTE : **ANDREANDSON LIMA DE MELO**

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, não conheceu do pedido."

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