



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 230.306 - ES (2012/0000924-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/6. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. 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. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no momento em que vendia drogas a um usuário, sendo apreendidos na sua posse 12,7g de cocaína, separados em doze papелotes e o valor de R\$ 300,00. Na sua residência foi arrecadada uma porção de maconha que totalizava 4,6g e a quantia de R\$ 547,00.

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

3. A aplicação da minorante no patamar mínimo previsto foi, no caso, justificada na quantidade, variedade e natureza da droga. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante, 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. Precedentes.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, 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.

5. As instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis ao réu as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixaram a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. 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), 06 de novembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 230.306 - ES (2012/0000924-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO FERREIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de CARLOS ALBERTO FERREIRA, condenado como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 - FRAÇÃO REDUTORA - MÍNIMO LEGAL - NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS - CONDENAÇÃO CRIMINAL ANTERIOR - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - FALTA DE REQUISITO OBJETIVO - IMPOSSIBILIDADE - DESPROVIMENTO.

1 - "O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Tóxicos. [...]." (HC 173.757/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011)

2 - Preso em flagrante o réu no exato momento em que vendia drogas a um usuário, e apreendidos doze papérolas de cocaína (12,7 g) e uma porção de maconha (4,6 g), é recomendável censura mais elevada, a justificar a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas na sua fração mínima. Destaca-se que o réu, apesar de primário, já foi condenado pela prática de outro delito, o que demonstra certa tendência ao cometimento de infrações penais.

3 - Inviável promover a substituição da pena privativa de liberdade quando desatendido o requisito objetivo do artigo 44, inciso I, do CPB." (fl. 41)

Requer o Impetrante, liminarmente e no mérito, a incidência do redutor da pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, no patamar máximo de 2/3 (dois terços) e a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento de pena.

O pedido liminar foi indeferido, pela Presidência desta Corte Superior, nos termos da decisão de fl. 50.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 57/65, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 95/97, opinando pelo não cabimento da ordem de *habeas corpus*.

Pedido de preferência no julgamento à fls. 894.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 230.306 - ES (2012/0000924-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/6. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. 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. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no momento em que vendia drogas a um usuário, sendo apreendidos na sua posse 12,7g de cocaína, separados em doze papелotes e o valor de R\$ 300,00. Na sua residência foi arrecadada uma porção de maconha que totalizava 4,6g e a quantia de R\$ 547,00.

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

3. A aplicação da minorante no patamar mínimo previsto foi, no caso, justificada na quantidade, variedade e natureza da droga. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante, 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. Precedentes.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, 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.

5. As instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixaram a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO

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

De início, cumpre ressaltar que 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). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas de modo adequado.

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

Narram os autos que o Paciente condenado à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no momento em que vendia drogas a um usuário, sendo apreendidos na sua posse 12,7g de cocaína, separados em doze papéletes e o valor de R\$ 300,00. Na sua residência foi arrecadada uma porção de maconha que totalizava 4,6g e a quantia de R\$ 547,00.

O acórdão de apelação impugnado negou provimento ao recurso defensivo com a seguinte fundamentação (fls. 40/41):

"Examinando a sentença impugnada, vejo que a magistrada de 1º grau, após análise das circunstâncias judiciais, fixou a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, acima do patamar mínimo legal, portanto.

Após, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea, reduziu a sanção em 06 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria, aplicou a causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, na razão de 1/6 (um sexto), o mínimo previsto, alcançando o resultado de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa.

Pois bem. Consoante a jurisprudência do colendo STJ, "O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Tóxicos. [...]." (HC 173.757/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011)

Na hipótese vertente, o recorrente foi preso em flagrante no momento em que vendia drogas a um usuário, sendo apreendidas na sua posse oito papelotes de cocaína e o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais). Na sua residência foram arrecadados mais quatro papelotes de cocaína, uma porção de maconha e a quantia de R\$ 547,00 (quinhentos e quarenta e sete reais).

O laudo de exame químico consta às fls.261/262, atestando que as substâncias apreendidas se tratam de 4,6 g (quatro gramas e seis decigramas) de maconha e 12,7 g (doze gramas e sete decigramas) de cocaína.

Como se vê, trata-se de quantidade expressiva de droga, especialmente de cocaína, entorpecente de grande nocividade, com alto poder viciante e igual força destrutiva, a recomendar censura mais elevada.

[...]

Além disso, não olvido que o recorrente, a despeito de primário, já foi condenado pela prática de outro delito (processo n.º 24.990.036.253), o que demonstra certa tendência ao cometimento de infrações penais.

Em sendo assim, reputo razoável a fração redutora eleita pela julgadora a quo, no grau mínimo, não vislumbrando aí nenhuma ilegalidade."

Como se vê, inexistente constrangimento ilegal no fato de a minorante ter sido aplicada no patamar mínimo de um sexto. (1/6).

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade, a qualidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

Portanto, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante, 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.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). GRANDE QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 04 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente condenado à pena de de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 413 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 02/02/2009, transportando 01 porção de cocaína na forma de crack,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pesando 150g; 01 porção de cocaína na forma de crack, com peso bruto de 0,5g; 01 porção de maconha, pesando 43 g e 01 porção da mesma substância, com peso bruto de 0,8g.

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

3. Encontrando-se a pena-base no mínimo legal, não se constata qualquer constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto.

4. Não se verifica qualquer ilegalidade na aplicação da causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, no patamar 1/6 (um sexto), uma vez que a considerável quantidade de entorpecente justificou a incidência do redutor de pena no percentual mínimo.

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

6. O Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, sendo incabível a substituição da pena de prisão, inclusive porque sua reprimenda foi fixada acima de 04 anos de reclusão.

7. Ordem denegada." (HC 213657/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012.)

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

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

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade de substância entorpecente apreendida com o paciente - 544 gramas de maconha.

[...]" (HC 233.905/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 24/08/2012)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APREENDIDAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM DENEGADA.

1. *Reconhecida a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável a aplicação do redutor em seu patamar máximo se existe fundamento válido para justificar o quantum mínimo da minorante.*

2. *Hipótese em que o Colegiado estadual fez menção à expressiva quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas (8.856 g de cocaína e 388,2 g de maconha), mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/6 (um sexto).*

3. *Não configura bis in idem a utilização da quantidade de drogas para aumentar a pena-base e para aplicar o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas em patamar inferior ao máximo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.*

4. *Condenado o paciente à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, inviável a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.*

5. *Ordem denegada.*" (HC 218.340/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012)

A propósito, veja-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. *A questão de direito versada nestes autos diz respeito à não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.*

2. *O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime.*

3. *Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços).*

4. *Habeas corpus denegado.*" (HC 100755/AC, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe 07/05/2010)

Busca a zelosa Defensoria Pública, ainda, a fixação do regime semiaberto.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, 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.

No caso, o acórdão impugnado, proferido em sede de apelação, manteve a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação da pena-base acima o mínimo legal efetuada pela sentença condenatória, a qual considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, quais sejam, *"a natureza e a quantidade da droga"* (fl. 22).

E, como as instâncias ordinárias, fundamentadamente, consideraram desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual fixaram a pena-base acima do mínimo legal, cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

Frise-se que 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.

O Juízo de primeiro grau estabeleceu a pena-base acima do mínimo legal, com fundamento na quantidade e qualidade da droga, como fundamento no 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).

E, como não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, essa via não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. DESCABIMENTO.

1. *É cabível a fixação de regime semiaberto em razão das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, ligadas a maneira com que foi cometido o delito, ainda que a pena final seja igual ou inferior a quatro anos.*

2. *Hipótese em que o julgador se valeu de elementos idôneos para determinar o regime prisional - crime cometido no período noturno e contra menor de idade - tendo, inclusive, arbitrado a pena-base acima do mínimo legal.*

3. *Ordem denegada.*" (HC 220.667/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 07/03/2012.)

"[...] EXECUÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA FECHADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REITERAÇÃO CRIMINOSA. FORMA MAIS SEVERA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Tendo a sentença e o acórdão concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento da pena, haja vista a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais e ainda levando-se em conta a reiteração criminosa, justificada está a imposição do modo prisional mais gravoso.

2. Ordem parcialmente concedida apenas para afastar a circunstância judicial dos maus antecedentes, bem como para alterar o patamar de aumento da pena de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), redimensionando-se a reprimenda do paciente definitivamente para 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o aresto impugnado." (HC 151.190/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 16/02/2012.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. [...]

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentação idônea, correta a estipulação do regime inicial mais gravoso, conforme autorizado pelo § 3º do art. 33 do Código Penal.

4. Ordem denegada." (HC 96.379/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 16/06/2008.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0000924-5

HC 230.306 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 35080203660

EM MESA

JULGADO: 06/11/2012

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: CARLOS ALBERTO FERREIRA
CORRÉU	: ROCILANE SOUZA LIMA

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.