



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 404.078 - MG (2017/0144158-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DANIEL AUGUSTO RODRIGUES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL TÃO SOMENTE EM RAZÃO DA NATUREZA DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES (*CRACK*). QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DA REFERIDA DROGA. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE UMA DAS DROGAS (*MACONHA*). ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. 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*.

2. Na espécie, existe manifesta ilegalidade a ser reconhecida de ofício, no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal tão somente em razão da natureza de uma das drogas envolvidas na empreitada criminoso – 0,57 g de *crack* –, porquanto malgrado se trate de entorpecente de elevado potencial lesivo e de alto poder viciante, a quantidade apreendida não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

3. O estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante quantidade de uma das drogas encontradas em poder do paciente – 2.150,05 g de maconha – a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

4. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos de reclusão, é inviável a imposição do regime aberto, diante da existência de elemento concreto a figurar em demérito do paciente. Desproporcional a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a saber, 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

5. Ordem denegada. *Habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 05 de setembro de 2017 (Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 404.078 - MG (2017/0144158-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DANIEL AUGUSTO RODRIGUES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de DANIEL AUGUSTO RODRIGUES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 1.0481.15.020468-5/002).

Consta dos autos que, em 16.5.2016, o paciente foi condenado, pelo Juízo singular, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, ao cumprimento de 3 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 375 dias-multa, sendo-lhe negado o direito de apelar em liberdade (fls. 159/175):

Interposta apelação defensiva, foi parcialmente provida, por maioria, ocasião em que a Corte de origem reduziu a reprimenda do ora paciente para o patamar de 3 anos de reclusão e 300 dias-multa, conservando o regime fechado para desconto da reprimenda corporal fixada e os demais pontos da sentença primeva, nos termos do voto do Desembargador Revisor:

Primeiramente, no que tange às penas-base fixadas, entendo que, de fato, estejam a merecer pontual retoque.

Verifica-se que o Sentenciante levou em consideração, para fins de exasperar a pena-base, a quantidade e a natureza de parte do material entorpecente apreendido, pelo que fixou tal reprimenda em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, estes no mínimo legal.

Todavia, vê-se, ainda, que na terceira etapa de dosagem o Juiz *a quo*, valeu-se, uma vez mais, da quantidade da droga apreendida para fins de estabelecer qual fração seria aplicada, em relação à minorante estatuída no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

No entanto, a meu juízo, no intuito de evitar a ocorrência de injurídico *bis in idem*, na etapa inaugural de dosimetria das reprimendas, hei por considerar, tão apenas, a natureza altamente lesiva e viciante de parte do material entorpecente apreendido - *crack* - , razão pela qual reduzo as penas-base ao importe de 06 (seis) anos e de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, estes mantidos na fração unitária mínima, por entender tratar-se de quantum suficiente ao alcance das finalidades precípua da pena.

Na segunda etapa, inexistem atenuantes e agravantes a serem consideradas, pelo que mantenho as reprimendas, provisoriamente, no patamar anteriormente estabelecido.

Na terceira e última etapa, não há causas de aumento de pena a serem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicadas.

Lado outro, a despeito da enorme quantidade de droga apreendida - 2.142,97g de maconha e 7,08g de *crack* entendeu o Juiz *a quo* pela incidência da minorante estatuída no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, na fração de 1/2 (metade).

Dessa forma, muito embora entenda que essa enorme quantidade de substância entorpecente apreendida acaba por revelar a dedicação do acusado à atividade criminosa, especialmente ao tráfico de drogas, não obstante seja ele primário e de bons antecedentes, hei por manter a aplicação da minorante, na fração estabelecida em sentença, para não incorrer em reformatio *in pejus*, tendo em vista que foi aviado apenas recurso pela defesa.

Assim, reduzo as penas ao *quantum* definitivo de 03 (três) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa.

Quanto à fixação do regime para desconto da reprimenda corporal, importa consignar que apesar de tratar-se de delito hediondo, o STF no julgamento do HC 111.840/RS, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07, razão pela qual houve-se por mitigada a obrigatoriedade de estabelecer o regime inicialmente fechado em relação aos crimes desta natureza.

Dessa forma, o e. Relator entendeu por bem abrandar o regime inicial de cumprimento da reprimenda corporal fixada para o aberto, ressaltando, inclusive, que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal afiguram-se favoráveis ao apelante, tendo em vista que procedeu à redução das penas-base ao patamar mínimo legal.

Entretanto, *in casu*, considerando a natureza altamente lesiva de parte do material apreendido e, ainda, sua grande quantidade, ou seja, um total de 0,57g de *crack*, 2,142,97g de maconha, além de utensílio utilizado para a pesagem das drogas, os quais atestam de forma clara a costumeira mercancia de entorpecentes pelo apelante, entendo não ser apropriada a alteração do regime fixado, sobretudo porque tal medida obstaría o alcance das finalidades da pena, insertas no art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ressocialização do agente e a reprovação do crime na espécie.

Enfim, neste caso específico, apesar de ter aderido ao entendimento que admite a fixação de regime menos gravoso, tenho por manter o regime fechado para desconto da reprimenda corporal fixada em desfavor do réu.

Da mesma forma, entendo descabida, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto trata-se de medida que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável, pelas razões acima expendidas.

Posto isso, pedindo redobrada vênia ao Desembargador Relator, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, porém, de maneira menos abrangente, apenas para reduzir as reprimendas ao *quantum* de 03 (três) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa, mantendo, quanto ao mais, a sentença de 1º grau (fls. 268/270).

O voto vencido do Desembargador Relator propunha a fixação da pena de 2



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, mantendo a fração unitária mínima legal. O regime prisional seria alterado para o aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, pelo tempo da condenação, e expedição de alvará de soltura em favor do condenado (fls. 252/268).

A Defesa interpôs embargos infringentes, em razão da decisão não unânime em desfavor do réu, buscando prevalecer o voto minoritário, os quais, entretanto, foram rejeitados, *in verbis*:

(...) na primeira fase de aplicação da pena corporal, verifica-se que a r. sentença de primeiro grau estabeleceu a pena do embargante no patamar de 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, considerando para tanto como desfavoráveis a quantidade e qualidade da droga apreendida. Todavia, também, na terceira etapa, quando fora reconhecido em favor do agente a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tais referenciais específicos foram novamente invocados pelo d. Sentenciante para a escolha da fração de diminuição de pena.

Ocorre que, no v. acórdão embargado, os votos majoritários entenderam por bem reduzir a pena-base para 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, justificando a não aplicação do patamar mínimo cominado na natureza lesiva da droga apreendida (*crack*). E, em seguida, na oportunidade de escolher a fração de redução da pena em virtude da minorante que já havia sido aplicada em Primeira Instância em um meio (1/2), consideraram a quantidade da droga para manter o que fora aplicado na sentença e, assim, não aplicar a fração máxima.

Portanto, com a devida vênua ao voto minoritário proferido na v. decisão colegiada, entendo que a decisão colegiada se mostrou razoável e proporcional, sobretudo, à hipótese em que o embargante fora preso em poder de exorbitando quantidade de droga (2.142,97 gramas de maconha e 7,08 gramas de *crack*).

Verifico, pois, que os referenciais do art. 42 da Lei Antidrogas, quais sejam: a qualidade da substância entorpecente e a quantidade da apreendida da mesma, foram utilizadas no v. acórdão de forma separada, atribuindo valor a uma circunstância na primeira fase (natureza de parte da droga - *crack*) e a outra circunstância (quantidade total do entorpecente apreendido - *crack* e maconha) na terceira fase da dosimetria.

Consigne-se, por oportuno, ser absolutamente razoável e possível a valoração da substância entorpecente com maior potencial lesivo para exasperar a pena-base, como no caso, foi considerado o "*crack*"; e examinar a exorbitante quantidade da droga, que no caso foi mais de dois quilos, para fins de aplicação de benefícios na terceira fase da dosimetria. Tudo isso, evidente, para se buscar atender as finalidades propostas pela sanção penal, na hipótese concreta.

De fato, o art. 42 da Lei 11.343/06 preceitua que, na fixação das penas, o Juiz considerará, com preponderância à análise das circunstâncias judiciais, a natureza e quantidade da substância e o produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Tal dispositivo tem norteado não só a fixação da pena-base, mas também a escolha do *quantum* de redução da reprimenda na aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº. 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se, dessa forma, que a intenção da lei foi sancionar de forma mais rígida, ainda quando reconhecida a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, aquele que for encontrado no tráfico, com maior quantidade de drogas; a pena deve ser mais severa levando-se em conta sua maior lesividade ao usuário e à sociedade. Se o traficante é flagrado com ínfima quantidade de entorpecente para a venda, e de reduzida perniciosidade, menor será sua pena.

Registro que, realmente entendo, que o Julgador não pode considerar duas vezes, em prejuízo do condenado, uma só "circunstância", sob pena de se incidir em *bis in idem*. Entretanto, no presente caso, repita-se, uma circunstância foi utilizada como fundamento de exasperação da pena-base e a outra para a valoração da fração redutora da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Assim, considerando apenas a natureza lesiva de parte do material entorpecente apreendido (*crack*), mantenho a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, a saber, em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, à razão mínima.

Na segunda fase, não houve agravantes e atenuantes.

Na derradeira etapa da fixação da pena, o d. Sentenciante aplicou a fração intermediária de um meio (1/2), a qual deve ser mantida, tal como já conservada de forma unânime no v. acórdão, motivo pelo qual estabeleço a sanção definitiva - à míngua de causas de aumento de pena - em 03 anos de reclusão, mais pagamento de 300 dias-multa, á razão mínima.

Quanto ao regime prisional, também não há que se falar em acolhimento dos embargos infringentes.

Ora, a natureza altamente lesiva e viciante (2.142,97 gramas de maconha e 7,08 gramas de *crack*), assim como a grande quantidade de droga apreendida também devem ser sopesadas quando do estabelecimento do regime de cumprimento da pena corporal, pela interpretação conjunta dos arts. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei 11.343/06 (circunstância judicial específica e preponderante nos delitos afetos ao tráfico).

(...)

Da mesma maneira, entendo incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, pois, embora o agente seja primário, portador de bons antecedentes, os referenciais do art. 42 da Lei 11.343/06 também não recomendariam a pretendia substituição, demonstrando que as penas substitutivas não atenderão as finalidades da sanção pena) ante à gravidade concreta da conduta praticada na hipótese.

Ante o exposto, não acolher os presentes embargos infringentes (fls. 305/310).

Daí a presente impetração, em que a Defesa pugna pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, sustentando a impossibilidade de se considerar a natureza e a quantidade da droga apreendida tanto para elevar a reprimenda na primeira fase, quanto na terceira etapas da dosimetria.

Não houve pedido liminar.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Ana Borges Coêlho Santos, pela concessão da ordem, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício (fls. 327/334).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 404.078 - MG (2017/0144158-8)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL TÃO SOMENTE EM RAZÃO DA NATUREZA DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES (*CRACK*). QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DA REFERIDA DROGA. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE UMA DAS DROGAS (*MACONHA*). ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. 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*.

2. Na espécie, existe manifesta ilegalidade a ser reconhecida de ofício, no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal tão somente em razão da natureza de uma das drogas envolvidas na empreitada criminoso – 0,57 g de *crack* –, porquanto malgrado se trate de entorpecente de elevado potencial lesivo e de alto poder viciante, a quantidade apreendida não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

3. O estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante quantidade de uma das drogas encontradas em poder do paciente – 2.150,05 g de maconha – a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

4. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos de reclusão, é inviável a imposição do regime aberto, diante da existência de elemento concreto a figurar em demérito do paciente. Desproporcional a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a saber, 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

5. Ordem denegada. *Habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Insurge-se a presente impetração contra a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar inferior ao máximo, alegando a ocorrência de *bis in idem*, em razão da consideração das mesmas circunstâncias na fixação da pena-base, bem como para determinar o *quantum* de incidência da minorante.

A título ilustrativo, confira-se a fundamentação perfilhada pela Corte de origem no tocante à dosimetria:

Verifica-se que o Sentenciante levou em consideração, para fins de exasperar a pena-base, a quantidade e a natureza de parte do material entorpecente apreendido, pelo que fixou tal reprimenda em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, estes no mínimo legal.

Todavia, vê-se, ainda, que na terceira etapa de dosagem o Juiz *a quo*, valeu-se, uma vez mais, da quantidade da droga apreendida para fins de estabelecer qual fração seria aplicada, em relação à minorante estatuída no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

No entanto, a meu juízo, no intuito de evitar a ocorrência de injurídico *bis in idem*, na etapa inaugural de dosimetria das reprimendas, hei por considerar, tão apenas, a natureza altamente lesiva e viciante de parte do material entorpecente apreendido - *crack* - , razão pela qual reduzo as penas-base ao importe de 06 (seis) anos e de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, estes mantidos na fração unitária mínima, por entender tratar-se de *quantum* suficiente ao alcance das finalidades precípua da pena.

Na segunda etapa, inexistem atenuantes e agravantes a serem consideradas, pelo que mantenho as reprimendas, provisoriamente, no patamar anteriormente estabelecido.

Na terceira e última etapa, não há causas de aumento de pena a serem aplicadas.

Lado outro, a despeito da enorme quantidade de droga apreendida - 2.142,97g de maconha e 7,08g de *crack* entendeu o Juiz *a quo* pela incidência da minorante estatuída no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, na fração de 1/2 (metade).

Dessa forma, muito embora entenda que essa enorme quantidade de substância entorpecente apreendida acaba por revelar a dedicação do acusado à atividade criminosa, especialmente ao tráfico de drogas, não obstante seja ele primário e de bons antecedentes, hei por manter a aplicação da minorante, na fração estabelecida em sentença, para não incorrer em *reformatio in pejus*, tendo em vista que foi aviado apenas recurso pela defesa.

Assim, reduzo as penas ao *quantum* definitivo de 03 (três) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa.

Na espécie, verifica-se a existência de manifesta ilegalidade a ser sanada, de ofício, na primeira fase da dosimetria. Com efeito, a pena-base foi fixada em 1 ano acima do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal tão somente em razão da natureza de uma das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 0,57 g de *crack*. Ora, malgrado se trate de entorpecente de elevado potencial lesivo e de alto poder viciante, a quantidade apreendida não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria, sendo de rigor a sua redução ao mínimo legal.

No mais, verifica-se que não há nada a retificar no tocante à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto o estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade de uma das drogas encontradas em poder do paciente – 2.150,05 g de maconha (fl. 10).

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. 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.

Dessarte, motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação da referida benesse, em razão da quantidade de uma das drogas, não há falar em ilegalidade. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. MITIGAÇÃO 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. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dado o expressivo volume dos entorpecentes apreendidos e sua variedade.

(...)

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 317.172/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes.

2. Sem embargo, não há como afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pela simples existência de duas condenações transitadas em julgado com extinção da punibilidade há tanto tempo, máxime porque, além de o recorrido ser tecnicamente primário ao praticar o crime em comento, não há notícias de que se dedique a atividades delituosas ou de que integre organização criminosa.

3. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

4. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, devem ser relativizados os dois registros penais tão antigos do acusado, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1160440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

Passo, pois, à nova dosimetria:

Fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes. Na terceira fase, reduzo a pena em 1/2, em razão da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, o que resulta em **2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa**, a qual torno definitiva ante a ausência de outras causas de diminuição e de causas de aumento de pena.

No mais, não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, diante da existência de elemento concreto a figurar em demérito do paciente, a saber, a quantidade de um dos entorpecentes apreendidos em seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poder – 2.150,05 g de maconha (fl. 10).

Entendo, entretanto, ser desproporcional a imposição do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a saber, 2 anos e 6 meses de reclusão.

Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, entendo ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando, ou eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Entendo ser razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME SEMIABERTO DEFERIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO A RECOMENDAM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

- No caso, preenchidos os pressupostos para aplicação da benesse, necessário o redimensionamento da pena nos termos do supracitado artigo. Contudo, em razão da variedade das drogas, não deve ser aplicada a redutora no patamar máximo. Precedentes.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 718 e 719/STF.

- No caso, a quantidade de drogas apreendidas não se mostram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficientes para justificar o regime mais gravoso. Dessa forma, tendo em vista que a paciente é primária, com pena inferior a 4 anos, mas também a não aplicação da redutora no patamar máximo, se mostra adequada a fixação do regime semiaberto, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

- Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não a recomendam.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o regime semiaberto.

(HC 382.572/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. NATUREZA DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o quantum da pena imposta, a saber, 3 anos e 4 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 3021838-43.2013.8.26.0114.

(HC 370.545/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 21/10/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. REITERAÇÃO DE PEDIDO. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, B E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

VII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais desfavoráveis. Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício tão somente para, confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena, ex vi dos artigos 33, §2º, b, e §3º, do Código Penal e 42 da Lei 11.343/2006.

(HC 325.629/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 20/10/2015)

Ante o exposto, **denego** a ordem, mas **concedo habeas corpus, de ofício**, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0144158-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 404.078 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0204685222015 10481150204685002 10481150204685011 204685222015 4381993
481150142299 481150204685 60206066000

EM MESA

JULGADO: 05/09/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DANIEL AUGUSTO RODRIGUES

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

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

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.