



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 209.494 - MS (2011/0134016-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**ADVOGADO** : FABIO RICARDO CORREGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO  
**PACIENTE** : MARIA BAZOALDO CACERES (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS, NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO AUSENTE.*

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

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza e a considerável quantidade de droga apreendida - 1.050 gramas de cocaína - não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

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, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na escolha da fração de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com a paciente, cuja lesividade é maior do que a de outras drogas, à exceção do *crack*.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PREJUDICIALIDADE DO *MANDAMUS* NESSE PONTO.

1. Ausente ilegalidade na aplicação da pena da paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois objetivamente inviável na hipótese, de acordo com o art. 44, I, do CP.
2. Ordem denegada, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas.

### **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 e julgar prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2012. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 209.494 - MS (2011/0134016-4)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
ADVOGADO : FABIO RICARDO CORREGIO QUARESMA - DEFENSOR  
PÚBLICO DA UNIÃO  
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO  
PACIENTE : MARIA BAZOALDO CACERES (PRESO)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI:** Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de MARIA BAZOALDO CACERES contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que deu provimento à irresignação do *Parquet* e parcial provimento ao recurso da defesa (Apelação Criminal n.º 00015281420084036000), estabelecendo à paciente a sanção em 4 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação adequada para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Argumenta que a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias do fato seriam aquelas inerentes ao próprio tipo penal perpetrado, razão pela qual não serviriam para motivar a exasperação da reprimenda básica.

Afirma que a sentenciada teria direito à redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, haja vista a existência de circunstâncias favoráveis.

Assevera que, após a redução pena, a paciente faria jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante já decidido pelo Pretório Excelso.

Requeru, liminarmente e no mérito, a redução da pena-base ao seu mínimo legal; fosse aplicada a causa de diminuição no *quantum* de 2/3 (dois terços), bem como fosse substituída a sanção reclusiva por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, e ainda, pela concessão, de *habeas corpus* de ofício, para que seja estabelecido o regime aberto para o início do cumprimento da sanção.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 209.494 - MS (2011/0134016-4)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Verifica-se que a paciente foi condenada, em primeiro grau, à pena de 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, juntamente com a corré, segundo consta da denúncia:

*Infere-se do incluso inquérito policial que Maria Bazoaldo Caceres e Antonia Oliva Romero foram surpreendidas, por Policiais Rodoviários Federais, quando guardavam e transportavam, em veículo de transporte público, dolosamente e cientes da ilicitude e reprovabilidade de seus atos, em desacordo com a determinação legal e regulamentar, 1.051g (um mil e cinquenta e um gramas) e 1.105g (um mil cento e cinco gramas), respectivamente, da substância entorpecente vulgarmente conhecida como cocaína, causadora de dependência física e psíquica, adquiridas e importadas da Bolívia. (fls. 20)*

Inconformadas, as partes interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido dado provimento ao recurso ministerial para reconhecer a causa de aumento da transnacionalidade prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/06, provendo-se parcialmente também o apelo defensivo, para diminuir a exasperação da pena-base; afastar a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas; aplicar a causa de aumento prevista no § 4º, do art. 33, da mesma lei no patamar de 1/6 (um sexto), redimensionando a pena da paciente para 4 (quatro) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput* e § 4º, c/c artigo 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

No que se refere à sustentada ilegalidade na pena-base imposta à paciente, verifica-se que o juiz singular, após a análise das circunstâncias judiciais, fixou a reprimenda, na primeira etapa da dosimetria, em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e multa, tecendo as seguintes considerações:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*As acusadas não ostentam antecedentes criminais, de acordo com as folhas de antecedentes e certidões de fls. 93/94, 105/106, 110/111 e 130/131. É média a quantidade de droga apreendida, porque supera um kilo e não atinge dois kilos, para cada uma das acusadas, conforme auto de apreensão de fls. 14/15-IPL, sendo fundamento para elevação da pena-base. Todavia, a natureza da droga, ou seja, cocaína, revela maior nocividade à saúde pública, por isso merece reprimenda maior. Motivo da prática do crime foi a ganância, ou seja, a possibilidade de dinheiro fácil. Culpabilidade elevada, pois agiram com dolo determinado, isto é, o mais intenso dentre as espécies de dolo, [...]. Por todas essas circunstâncias desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal para as acusadas, ficando afastado o argumento da Defesa pela pena mínima. [...]. Após análise acima do art. 59, do CP, fixo a pena-base, pelo crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, às acusadas, em **6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão**. (fls. 30/32)*

A Corte impetrada, por sua vez, ao dar parcial provimento à apelação defensiva, afastou as circunstâncias judiciais dos motivos do crime e da culpabilidade e redimensionou a reprimenda básica, pelos fundamentos a seguir aduzidos, *verbis*:

*Passo ao exame da dosimetria da pena.*

*[...]*

*Do exame dos autos verifico que o d. magistrado "a quo" fixou a pena-base em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, levando em conta a natureza da droga apreendida (2.156 Kg de cocaína), bem como o motivo do crime ("possibilidade de dinheiro fácil") e o elevado grau de culpabilidade das rés, nos termos do artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/06.*

*Diversamente do esposado na r. sentença, não restou demonstrado que o grau de culpabilidade está acima da normalidade, o que ensejaria a majoração da pena-base. Ademais, são primárias e de bons antecedentes. Todavia, **mantenho a majoração, tendo em vista a natureza do entorpecente (cocaína) encontrado com as acusadas, porém no percentual de 1/6 (um sexto)**, o que resulta em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses** de reclusão, que entendo suficiente e proporcional à natureza do entorpecente. (fls. 54/55)*

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal, e em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Na hipótese em apreço, verifica-se que o Tribunal impetrado considerou **especialmente** desfavoráveis as circunstâncias da **natureza e da quantidade de substância entorpecente apreendida**, não se podendo, por isso, ter como ilegal o acórdão impugnado no ponto em que elevou a pena-base, irrogada apenas dez meses acima do mínimo legalmente previsto para o tipo, já que devidamente motivada, encontrando respaldo no previsto no art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, segundo consta dos autos, a paciente foi presa em flagrante transportando **1.051g (um mil e cinquenta e um gramas) de cocaína**, encontrados parte na sola e no salto do sapato que calçava e outra introduzido na sua genitália, como bem destacou o juiz singular na condenação (fls. 24), destacando-se que empreendeu esforço e tempo considerável na preparação e organização do transporte da substância ilícita e acabou sendo abordada quando já se encontrava "*no Km 600, da BR-262, em Miranda/MS*" (fls. 24), o que evidencia que as instâncias ordinárias, na fixação da pena-base, atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade de droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima a condenada nesse ponto.

A propósito, segundo orientação dessa Corte Superior de Justiça, "A





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal" (HC n.º 165.387/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8-2-2011, DJe 21-2-2011).*

Por essas razões, justamente porque verificada a adequação da análise das circunstâncias judiciais, não há que se falar em ilegalidade quando a sanção básica foi fixada apenas dez meses acima do mínimo legalmente previsto, já que apontados fundamentos concretos dos autos a justificar maior reprimenda.

Quanto à pretendida aplicação da minorante insculpida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3 (dois terços), e não em 1/6 (um sexto), como procedido pela Corte impetrada, cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, "[...] se o legislador não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição, impõe-se como critério a observância das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, como também, e com preponderância, as dispostas no art. 42 da Lei Antidrogas. **Assim, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução**" (AgRg no HC n.º 145.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP -, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010).

Vale dizer, o legislador previu 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, 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"*.

*In casu*, verifica-se que o sentenciante deixou de aplicar a referida minorante *"visto que a droga seria levada até São Paulo, mediante pagamento de certa*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*quantia, isto é, ocorreu efetiva contribuição a uma organização criminosa voltada ao tráfico de drogas e se trata de cocaína, em significativa quantidade, que apresenta maior nocividade à saúde pública" (fls. 29)*

A Corte impetrada, por sua vez, entendeu devida a aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, considerando que *"a aplicação da mencionada causa de diminuição é de rigor, o qual faço no mínimo legal de 1/6 (um sexto), resultando em 4 (quatro) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, pena esta que torno definitiva" (fls. 56).*

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que deixou de aplicar o *quantum* máximo de redução de pena insculpido no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que **a natureza e a considerável quantidade de droga apreendida**, que teria como destino o comércio internacional, bem como as demais circunstâncias do caso concreto, justificam a aplicação de fração da redução inferior ao máximo legalmente previsto, pois, consoante restou apurado, a paciente foi flagrada trazendo consigo **1.051g (um mil e cinquenta e um gramas) de cocaína**, o que justifica a aplicação da minorante em comento na fração escolhida, sobretudo em razão da lesividade da substância entorpecente consigo apreendida, que é maior do que a de outras drogas, à exceção do *crack*.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

*"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.*

*1. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.*

*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 minorante prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.*

*4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n. 1.069.767/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009). (Grifos próprios).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS.

IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE WRIT. INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL MÁXIMO PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PATAMAR DE 1/6 APLICADO EM RAZÃO DE QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME INICIALMENTE FECHADO MANTIDO. NULIDADE DO ACÓRDÃO PELA ATUAÇÃO DO PARQUET COMO FISCAL DA LEI. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I. Se as instâncias ordinárias entenderam que a conduta atribuída ao paciente subsume-se ao delito de tráfico de entorpecentes, mister se faz reconhecer que a análise do tema demandaria o reexame do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado na via do habeas corpus.

II. Cabe ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em consideração o montante de droga em posse do agente, assim como a natureza do entorpecente apreendido.

**III. Hipótese na qual o julgados a quo reconheceram a incidência do redutor de pena no patamar de 1/6 de forma fundamentada, não havendo que se falar em arbitrariedade a ser sanada na via do writ.**

IV. Não sendo admissível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, considerando o quantum da sanção corporal imposta ao réu, deve ser mantida a vedação prevista no art. 44 da Lei de Tóxicos.

V. Não há que se falar em nulidade do acórdão recorrido, pois o Parquet quando atua na condição *custus legis* não age como órgão acusatório, exercendo o papel precípua de fiscal da lei, conforme a competência a ele atribuída pela CF/88.

VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(HC 177.006/TO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 19/05/2011)

Ausente ilegalidade na aplicação da pena da paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois objetivamente inviável na hipótese, de acordo com o art. 44, I, do CP.

Ante o exposto, denega-se a ordem, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0134016-4

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 209.494 / MS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15281420084036000 200860000015281

EM MESA

JULGADO: 04/09/2012

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 DA UNIÃO

ADVOGADO : FABIO RICARDO CORREGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA  
UNIÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

PACIENTE : MARIA BAZOALDO CACERES (PRESO)

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

#### **CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem e julgou prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.