



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.642 - MS (2011/0089929-7)

RELATOR : MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : KATIANA LÚCIA FERNANDES PIMENTEL (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A EXASPERAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA. **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. A redução da pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão de terem sido consideradas desfavoráveis as circunstâncias do crime - por ter o paciente se valido de transporte coletivo para tentar chegar ao destino, diante da fronteira, bem como a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida – **mais de 3 Kg de cocaína**, não havendo que se falar, portanto, em constrangimento ilegal a ser sanado.

2. Mostra-se irretocável o acórdão atacado, que, analisando as circunstâncias do caso concreto, entendeu por bem reduzir a pena em 1/4, não havendo, ainda, que se falar em **bis in idem** na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

3. Apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do **quantum** de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que, no caso, o regime fechado 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 8 anos (diga-se, 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão), levando em conta a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 3º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

4. Mantida a pena definitiva do paciente em 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão, resta superado o pedido de substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não preenchimento do requisito mínimo à sua concessão, qual seja, sanção não superior a 4 anos.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília (DF), 02 de agosto de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.642 - MS (2011/0089929-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Katiana Lúcia Fernandes Pimentel, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Colhe-se dos autos que a paciente foi condenada como incurso no art. 33, **caput**, e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão, no regime semiaberto, e 469 dias-multa, por ter sido surpreendida transportando cerca de 3.380 g de cocaína.

Em sede de apelação criminal, foi dado parcial provimento ao recurso ministerial para aplicar o regime inicial fechado para o desconto da reprimenda imposta ao paciente.

Busca a impetração a redução da pena-base ao mínimo legal e a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu percentual máximo, acentuando que as instâncias ordinárias violaram o princípio do **non bis in idem**, uma vez que consideraram a quantidade e natureza da droga na exasperação da pena-base para inviabilizar a aplicação desse benefício no máximo.

Requer, ainda, a fixação do regime semiaberto para cumprimento da pena, bem como a sua substituição por medidas restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida à fl. 86.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 93/103), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.642 - MS (2011/0089929-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): Tenho que a irresignação não merece acolhida.

O magistrado sentenciante assim fixou a pena-base do paciente:

*“Considerando que a culpabilidade é de intensidade comum ao tipo; que não registra antecedentes criminais; que não há, nos autos, indicação segura acerca de sua conduta social ou de sua personalidade; que o motivo do crime foi a busca por lucro fácil à custa do sacrifício da saúde e da vida alheias o que, todavia, é comum ao tipo; **que as circunstâncias do crime foram, em parte, desfavoráveis à ré, eis que se valeu de ônibus de transporte coletivo para tentar chegar ao destino de entrega do entorpecente, diante desta fronteira, bem como por se tratar de transporte de droga (cocaína) de grande poder maléfico à saúde humana;** que as consequências do crime foram de gravidade comum ao tipo; que o comportamento da vítima, no caso toda a sociedade, em nada contribuiu para a prática do delito. **Considerando, sobretudo, que a droga apreendida foi constatada como sendo 'cocaína' (de inegável poder maléfico) e de grande quantidade do entorpecente (mais de 3 kg!),** e atento, ainda, ao que dispõem os artigos 42 da Lei 11.343/6 e 59 do Código Penal (análise conjunta e não bis in idem), estabeleço a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.” (fls. 46/47)*

Com relação à redução da pena-base, como visto, foi ela fixada acima do mínimo legal em razão de terem sido consideradas desfavoráveis as circunstâncias do crime - por ter a paciente se valido de transporte coletivo para tentar chegar ao destino, diante da fronteira, bem como a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida – **mais de 3 Kg de cocaína**, não havendo que se falar, portanto, em constrangimento ilegal na exasperação, em 1 ano e 6 meses, da pena-base acima do mínimo – ou seja, fixando-a em 6 anos e 6 meses de reclusão –, ainda mais que a pena máxima cominada para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes – 15 anos de reclusão – é bem superior ao fixado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, não se mostra possível, em sede de **habeas corpus**, proceder-se à modificação do **quantum** da majoração da pena, pois sujeito à discricionariedade do magistrado, salvo quando se demonstrar abusivo, o que não se revela na hipótese dos autos.

Nesse sentido:

A - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE COAÇÃO ILEGAL DECORRENTE DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. AGENTE PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ORDEM DENEGADA.

1. *As instâncias inferiores fixaram a pena-base acima do mínimo legal, em face da natureza e quantidade da droga apreendida, mais de quatro quilos de cocaína.*
2. *O artigo 42 da Lei de Tóxicos determina que a quantidade e natureza da droga devem preponderar sobre as circunstâncias judiciais, quando da fixação da pena-base e aplicação de redução de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006.*
3. *Coação ilegal não caracterizada.*
4. *Ordem denegada." (HC nº 146.757/RO, Relator o Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 04/04/2011.)*

B - "HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO COM RESULTADO MORTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME. INCONSTITUCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *Não há falar em constrangimento ilegal quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal é fundamentada na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.*
2. *No caso, o Magistrado indicou como desfavoráveis o dolo intenso, os maus antecedentes, a conduta social e as circunstâncias do crime. Além disso, a reprimenda também foi majorada por conta da presença de duas agravantes.*
3. *Segundo a pacífica jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a vedação à progressão de regime prisional.*
4. *Tendo em vista que o crime foi praticado em data anterior à Lei nº 11.464/07, a progressão de regime deve ser pautada pelos requisitos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal.*
5. *Ordem denegada. De ofício, ordem concedida para afastar o óbice à progressão de regime." (HC nº 54.447/RJ, Relator o Ministro OG FERNANDES, DJe de 16/3/2009.)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, quanto ao pleito de aplicação do benefício da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo, também não assiste razão à impetração.

Veja-se o que restou consignado no decreto condenatório:

“Não vislumbro a presença de causa de aumento de pena. Se faz presente, por outro turno, a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei 11.343/6, razão pela qual reduzo a pena de 1/4, restando, assim, definitivamente estabelecidas em 4 (quatro) anos, 8 (oito) meses e 8 (oito) dias de reclusão e 469 (quatrocentos e sessenta e nove) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Justifico a redução em 1/4 no que tange à causa do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/6, em razão da pena-base não ter sido fixada no mínimo legal e porque a quantidade de droga apreendida com a ré é considerável (mais de 3 kg de cocaína), conforme já exposto anteriormente.” (fls. 47/48)

Com efeito, a quantidade e a natureza da droga, embora não sejam, por si sós, fundamentos aptos a afastar a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, devem ser consideradas na aferição do **quantum** de diminuição a ser aplicado, a teor do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Na hipótese, o magistrado sentenciante fundamentou, de forma concreta, a aplicação da causa de redução de pena no percentual de 1/4, notadamente pela grande quantidade da droga apreendida (mais de 3 kg de cocaína), não havendo, ainda, que se falar em **bis in idem** na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

A - “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FIXAÇÃO DO COEFICIENTE EM 1/6 (UM SEXTO). MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS.

1. O Juízo de primeiro grau, ao aplicar a causa de diminuição de pena insculpida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, estabeleceu-a, de forma motivada e proporcional, na fração de 1/6 (um sexto), dada a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

2. Considerando a quantidade de pena corporal aplicada - a saber, 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão -, a primariedade e as circunstâncias judiciais favoráveis, mostra-se adequada e proporcional a fixação do regime semiaberto para início da expiação.
3. A quantidade da reprimenda imposta impede a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.
4. Ordem parcialmente concedida tão somente a fim de fixar o regime semiaberto para início de desconto da sanção corporal." (HC nº 164.308/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, Dje de 16/5/2011)

B - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. **BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.**

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 em consideração a diversidade e a elevada quantidade de droga apreendida, 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.
3. 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.
4. **Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.**
5. Ordem denegada." (HC nº 169.007/ES, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, Dje de 31/5/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De outro giro, apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do **quantum** de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que, no caso, o regime fechado 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 8 anos (diga-se, 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão), levando em conta a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 3º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. PREJUDICIALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME MENOS GRAVOSO. PECULIARIDADES DA CAUSA QUE AUTORIZAM A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

- 1. O pedido de recorrer em liberdade se encontra prejudicado em virtude do trânsito em julgado da condenação.*
- 2. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, as penas referentes ao crime de tráfico de drogas – vedada a conversão em penas restritivas de direitos – poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*
- 3. No caso, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar de 1/3 (um terço), considerando a expressiva quantidade de entorpecente apreendido – mais de 3 Kg (três quilos) de cocaína. Assim, não há falar em constrangimento ilegal.*
- 4. Muito embora a reprimenda final não exceda 8 (oito) anos de reclusão, entendo ser devida a manutenção do regime prisional fechado, principalmente pelas características que envolvem a questão (apreensão de considerável quantidade de cocaína e internacionalidade do delito).*
- 5. Pelas mesmas razões, não se mostra socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, III, do Código Penal).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ressalte-se que esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício mesmo se praticado o crime na vigência da Nova Lei Antitóxicos, mas, na hipótese presente, a solução não se apresenta como adequada.

*7. Ordem denegada." (HC nº 124.899/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 11/10/2010.)*

Ainda que admitida, nos termos do entendimento desta Corte de Justiça, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos para o delito de tráfico de entorpecentes, o certo é que, no caso em apreço, mantida a pena definitiva da paciente em 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão, ela não faz jus ao benefício, ante o não preenchimento do requisito mínimo à sua concessão, qual seja, sanção não superior a 4 anos.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0089929-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 204.642 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100251299 8090047947

EM MESA

JULGADO: 02/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : KATIANA LÚCIA FERNANDES PIMENTEL (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.