



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.106 - ES (2013/0188887-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : FILIPE CARLOS MACIEL FERREIRA E OUTROS
ADVOGADO : FILIPE CARLOS MACIEL FERREIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JOSMARQUES FERREIRA BRUM

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO NO PATAMAR DE 1/5 (UM QUINTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE, DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. 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 Tóxicos. Precedentes.

4. Na espécie, a variedade e a quantidade das drogas apreendidas – aproximadamente 1237,9g de “crack” e 158g de “cocaína” –, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

5. Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

6. *In casu*, o *quantum* de reprimenda aplicado (05 anos de reclusão) e a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, justifica o estabelecimento do regime fechado, tudo nos termos do art. 33, §3.º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.106 - ES (2013/0188887-6)

IMPETRANTE : FILIPE CARLOS MACIEL FERREIRA E OUTROS
ADVOGADO : FILIPE CARLOS MACIEL FERREIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JOSMARQUES FERREIRA BRUM

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSMARQUES FERREIRA BRUM contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo na apelação criminal n.º 0039579-35.2010.8.08.0024.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de **05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado**, e ao pagamento de 400 (quatrocentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, pois guardava em sua residência 02 (duas) porções de *crack*, 03 (três) porções menores e 01 (uma) porção maior de cocaína, além de embalagens para embalar a droga.

Em grau de apelação, o Tribunal de origem manteve em sua integralidade o édito condenatório elaborado pelo Juízo processante.

No presente *writ*, o Impetrante alega que a causa de diminuição prevista no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 deve incidir em seu patamar máximo de 2/3. Sustenta que a redução em 1/5 não veio acompanhada de fundamentação idônea, e também que a quantidade de droga apreendida não é argumento cabível para dosar o *quantum* da minorante, pois constitui *bis in idem*.

Por fim, argumenta que o regime prisional do Paciente deve ser alterado, uma vez que o regime fechado foi fixado com base no art. 2.º, §1.º, da Lei n.º 8.072/90, que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Requer, liminarmente, seja suspensa a execução da pena, evitando-se a expedição de mandado de prisão. No mérito, requer o redimensionamento da pena do Paciente e a alteração do regime inicial para cumprimento de pena para o regime semiaberto.

Liminar indeferida às fls. 45/46.

Informações às fls. 54/58.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 62/66).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.106 - ES (2013/0188887-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO NO PATAMAR DE 1/5 (UM QUINTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE, DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. 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 Tóxicos. Precedentes.

4. Na espécie, a variedade e a quantidade das drogas apreendidas – aproximadamente 1237,9g de “crack” e 158g de “cocaína” –, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

5. Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

6. *In casu*, o *quantum* de reprimenda aplicado (05 anos de reclusão) e a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, justifica o estabelecimento do regime fechado, tudo nos termos do art. 33, §3.º, do Código Penal.

7. Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “**habeas corpus**”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis.” (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

“Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS.” (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, os Impetrantes objetivam a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo (2/3), bem assim a fixação do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto para início de cumprimento da reprimenda.

Para boa compreensão da controvérsia, transcrevo trechos elucidativos do voto proferido pelo Desembargador Relator:

"Por outro lado - em análise da dosimetria efetuada pelo magistrado para a pena que foi imposta ao réu -, verifico que foi fixada a pena básica em 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, sendo que foram consideradas em prejuízo do acusado as seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade (ação com total consciência da ilicitude); motivos do crime (não favorecem o réu); e circunstâncias (também não favorecem, considerando a maneira de agir indicando que atuava intensa e reiteradamente na distribuição de drogas ilícitas).

Os fundamentos empregados pelo juiz, de fato, são genéricos, sem contar que também traduzem juízos de valores que já foram inseridos no próprio tipo penal previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, razão pela qual - se já foram ponderados para tipificar a própria conduta do tráfico de drogas - não poderiam, por mais uma vez, prejudicar o acusado no momento de individualização da pena.

Essa constatação deveria implicar na condução da pena básica para o seu mínimo legal, se não fosse a natureza e a diversidade da droga apreendida (crack, cocaína e maconha), motivo pelo qual considero adequada a manutenção da pena-base, considerando a exigência de maior preponderância das circunstâncias previstas no art. 42 da lei de tóxicos: "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". (Destaquei). [...]

Ultrapassada a primeira etapa do sistema trifásico, e permanecendo a incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), entendo que a fração aplicada pelo juiz está em desconformidade com o princípio da proporcionalidade.

É que, ao atenuar a sanção do recorrente em apenas 6 (seis) meses, o magistrado desconsiderou a orientação jurisprudencial que vem prevalecendo nos tribunais superiores, a qual, escorada no mesmo princípio da proporcionalidade, entende que cada circunstância legal deve ter o valor de 1/6 (um sexto) a ser aplicado sobre a pena-base (STJ: HC nº 174.971/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJe de 4.4.2011).

Assim, levando em consideração essa diretriz jurisprudencial, a pena do réu deve ser atenuada em 1/6 (um sexto), sendo fixada a pena intermediária em 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, diante da inexistência de circunstâncias agravantes.

Na derradeira fase de aplicação da pena, o réu foi beneficiado com a minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da lei de tóxicos, na fração de 1/5 (um quinto), patamar que considero bastante razoável, pois, não bastasse o fato de que as circunstâncias que envolvem o crime já indicarem que a causa de diminuição de pena nem mesmo deveria ser aplicada, existem fatores concretos e distintos daqueles já considerados na primeira fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria que recomendam a sua manutenção.

Nesse sentido, não se pode desconsiderar que o recorrente comercializava os entorpecentes dentro de sua própria residência, local também habitado por sua esposa e filha - elemento concreto que denota maior periculosidade em sua ação -, sendo que aquele escondia os entorpecentes dentro de objetos pessoais que aparentemente eram acessíveis por seus familiares. [...]

Em suma, o recorrente nem mesmo era merecedor da minorante prevista no art. 33, § 4º, da lei de tóxicos, benefício que somente não pode ser suprimido nesta instância, sob pena de violação ao princípio previsto no art. 617 do Código de Processo Penal (reformatio in pejus), sem contar que as circunstâncias do caso concreto também se mostram suficientes para manter a fração razoável de 1/5 (um quinto) adotada pelo magistrado, de sorte que a pena, com esse fator de diminuição, deve ser estabelecida em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Conquanto sustente ser merecedor da minorante atinente à delação premiada prevista no art. 41 da Lei nº 11.343/2006, registro que o réu não se comportou de forma a colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal, identificando os demais coautores ou partícipes, razão por que, inexistindo causas de aumento de pena, a sanção corporal definitiva deve ser arbitrada em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, sendo que a pena acessória deve ser mantida em 400 (quatrocentos) dias-multa, sob pena de violação ao já citado princípio previsto no art. 617 do Diploma Processual Penal.

Mesmo com a pena corporal redimensionada, a mesma ainda permanece acima de 4 (quatro) anos, motivo pelo qual resta inviabilizada a substituição por medidas restritivas de direito, já que não preenchido um dos requisitos objetivos previstos no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Com a fixação da pena definitiva em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, entendo que devem ser tecidas algumas breves considerações acerca do regime de cumprimento.

Em recente julgamento prolatado no Habeas Corpus nº 111840/ES, de relatoria do Ministro DIAS TOFFOLI, o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, ocasião em que firmou a compreensão de que a imposição do regime de cumprimento da sanção privativa de liberdade deve ser estabelecida de acordo com as regras gerais previstas no art. 33 do Código Penal.

Diante dessas circunstâncias, e considerando o patamar de pena imposta, deveria ser fixado o regime semiaberto, se não fosse o fato de que o apelante foi preso com elevada quantidade de droga (quase um quilo e meio de várias substâncias entorpecentes), o que justifica, de qualquer forma, a imposição do regime inicial fechado, doravante nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal: "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código". (Destaquei)" (fls. 23/30).

O voto acima transcrito restou parcialmente vencido, somente no tocante ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantum de redução relativo à atenuante da confissão espontânea, o que levou ao patamar de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado. Confirmam-se os trechos relevantes:

"Destarte, com todo respeito aos que pensam de maneira diversa, adoto esse entendimento sedimentado no âmbito do STJ e mantenho a redução aplicada pelo magistrado de primeiro grau em razão da atenuante da confissão, rechaçando o índice único/fixo de 1/6 (um sexto), mormente por ser razoável e proporcional às peculiaridades caso concreto.

Outrossim, mantenho a pena definitiva fixada na sentença para o crime de tráfico em 05 (cinco) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa.

Por outro lado, comungo do entendimento do Eminente Desembargador Relator quando afirma que 'o recorrente nem mesmo era merecedor da minorante prevista no art. 33, §4º, da lei de tóxico, benefício que somente não pode ser suprimido nesta instância, sob pena de violação ao princípio previsto no art. 617 do Código de Processo Penal (reformatio in pejus)'.

Finalmente, também entendo não ser cabível a substituição por pena restritiva de direitos, assim como o regime inicial para cumprimento da pena deve ser o fechado, tendo em vista a grande quantidade de drogas apreendidas (aproximadamente 1237,9g de "crack" e 158g de "cocaína"), a qualidade, a natureza ("crack" - mistura com maior potencial viciante e destrutivo - STJ, HC 169684/MG e "cocaína" - elevado poder destrutivo - STJ, HC 162216/SP) e variedade com preponderância sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, nos termos do art. 33, §3º do CP (lei geral) e art. 42 da Lei 11.343/06 (lei especial).

Forte em tais razões, diante das peculiaridades acima apreendidas, peço vênua ao Insigne Relator Desembargador Substituto JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS para apenas quanto à redução da pena divergir do posicionamento firmado e manter a sentença de primeiro grau em sua integralidade" (fls. 37/38).

Pois bem.

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, de modo adequado, 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 *non bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa 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 patamar de redução a ser aplicado em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, 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 CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. 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 Tóxicos.

2. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa 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 a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

3. Na espécie, a quantidade da droga apreendida - 273,4 gramas de crack - justifica a aplicação do redutor em seu grau mínimo, qual seja: 1/6 (um sexto), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O regime 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 n.º 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. Precedentes.

6. Ordem denegada." (HC 213.311/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 07/03/2012.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. ORDEM DENEGADA.

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. Juízo de proporcionalidade que admite a 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 elevada quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com a paciente - 1,540 kg de "crack", cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

3. Ordem denegada." (HC 150.406/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 09/03/2011.)

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a variedade e a quantidade das drogas apreendidas – aproximadamente 1237,9g de “crack” e 158g de “cocaína” –, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime. Ressalve-se, conforme bem salientado pela Corte *a quo*, que o caso, diante das circunstâncias concretas, não era sequer de aplicação do redutor, gozando o Paciente de situação processual mais benéfica do que a que faria, de fato, jus.

A propósito, vejam-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.

I – As instâncias ordinárias não deixaram de justificar a aplicação da causa de diminuição em seu grau mínimo, pois se reconheceu que a quantidade de droga apreendida, bem como sua natureza, seriam fundamentos hábeis a aplicar a redução em seu patamar mínimo, ou seja, em 1/6.

II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para fixar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo.

III - A pena imposta ao paciente pela prática do crime de tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não desbordou dos lindes da proporcionalidade e razoabilidade.

IV - *Ordem denegada.*" (STF, HC 106.611/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 03/03/2011.)

"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.*" (STF, HC 100.755/AC, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 07/05/2010.)

Assim, não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, 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.

In casu, o *quantum* de reprimenda aplicado e a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, justifica o estabelecimento do regime fechado, tudo nos termos do art. 33, §3.º, do Código Penal.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0188887-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 272.106 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00395793520108080024 024100395797 201001261085 24100395797
395793520108080024

EM MESA

JULGADO: 06/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FILIPE CARLOS MACIEL FERREIRA E OUTROS
ADVOGADO : FILIPE CARLOS MACIEL FERREIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JOSMARQUES FERREIRA BRUM

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.