



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.960 - SC (2010/0206359-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : EUNICE ANISETTE DE SOUZA TRAJANO
ADVOGADO : EUNICE ANISETTE DE SOUZA TRAJANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
PACIENTE : RENAN ARTUR DEMÉTRIO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

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

3. 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.

4. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida – 490 comprimidos de "ecstasy" – justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

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. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

7. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. No caso dos autos, considerando o *quantum* da pena estabelecido e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tem-se por justificada a fixação do regime prisional mais gravoso.

9. Na hipótese, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

10. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.960 - SC (2010/0206359-5)

IMPETRANTE : EUNICE ANISETE DE SOUZA TRAJANO
ADVOGADO : EUNICE ANISETE DE SOUZA TRAJANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
PACIENTE : RENAN ARTUR DEMÉTRIO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RENAN ARTUR DEMÉTRIO, preso em flagrante delito e condenado à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 458 (quatrocentos e cinquenta e oito) dias-multa, pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento à apelação criminal.

Busca-se, no presente *writ*, em liminar e no mérito: a) a fixação da pena-base do Paciente no mínimo legal; b) a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da nova Lei de Drogas, no patamar de 2/3 (dois terços); c) a alteração do regime prisional e d) a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 61.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações do Órgão Jurisdicional Impetrado.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 94/100, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.960 - SC (2010/0206359-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

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

3. 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.

4. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida – 490 comprimidos de “ecstasy” – justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

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. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

7. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial de cumprimento de pena, deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. No caso dos autos, considerando o *quantum* da pena estabelecido e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tem-se por justificada a fixação do regime prisional mais gravoso.

9. Na hipótese, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

10. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO

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

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque, no dia 07/01/2010, foi preso em flagrante delito com 490 comprimidos de "ecstasy", destinados à comercialização ilícita.

O Juízo de Direito da 2.^a Vara Criminal da Comarca de São José/SC julgou procedente a pretensão acusatória, condenado o Paciente às penas de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 458 (quatrocentos e cinquenta e oito) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, c.c. o art. 65, incisos I e III, alínea *d*, do Código Penal. Foi-lhe negado o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos e, ainda, o recurso em liberdade.

Contra a sentença, apelou a Defesa, tendo a Corte de origem negado provimento ao recurso.

No presente *writ*, busca-se, em síntese, a fixação da pena-base do Paciente no mínimo legal; a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da nova Lei de Drogas, no patamar de 2/3 (dois terços); a alteração do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

O Juízo sentenciante, referendado pelo Tribunal de origem, realizou a dosimetria da pena do Paciente nos seguintes termos, *ad litteram*:

"[...]"

*Analizando as circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do Código Penal, infere-se que a **culpabilidade**, como fundamento e medida da responsabilidade penal, desponta comprovada, sendo, por outro lado, normal ao tipo legal infringido; o acusado é **primário** e registra uma transação penal (fl. 207); sua **conduta social** e **personalidade** não se apresentam normais, face ter tido oportunidades na vida (estudou, trabalhava na empresa familiar, podendo crescer junto com os seus seus), tem família estruturada e, ao invés de valorizar tais situações, embrenhou-se para a prática delituosa; os **motivos do crime**, pelo que se percebe, sórdidos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e egoístas, decorreram da possibilidade de auferir lucro fácil; as consequências do crime são enormes, porquanto atingido todo o corpo social.

Com supedâneo nas regras insculpidas no art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Inexistem agravantes.

Milita em favor do acusado as atenuantes da menoridade e confissão (art. 65, I e III, 'd', do CP), razão pela qual mitigo a reprimenda em 03 (três) meses, quantificando-a, nesta fase, em 05 (cinco) anos de reclusão.

Ante o reconhecimento da causa de especial diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da lei 11.343/06 e pelas razões já elencadas, mitigo a reprimenda em 1/6 (um sexto), quantificando-a definitivamente, face inexistir outra causa que a altere, em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

Relativamente à pena de multa-tipo, forte nos ditames do art. 59 do Código Penal, fixo-a basicamente em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa. Face a incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06 e pelas razões já elencadas, mitigo a reprimenda em 1/6 (um sexto), quantificando-a definitivamente, face inexistir outra causa que a altere, em 458 (quatrocentos e cinquenta e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo previsto no art. 43 da Lei n.º 11.343/06." (Fls. 33/34; sem grifo no original.)

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Ora, como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Na espécie, conforme se observa das transcrições realizadas, a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal do tráfico ilícito de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não obstante a constatação de algumas impropriedades, verifica-se que o *quantum* de aumento na fixação da pena-base se revela proporcional e fundamentado, **considerando-se que a pena abstratamente prevista para o delito em questão é a de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa**. Desse modo, não vejo como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador, pois, conforme já mencionado, essa instância especial não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO ATIVA. USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. CONFISSÃO.

1. Proceder à análise da alegação de desacerto da sentença condenatória, em razão da insuficiência das provas coligidas durante a instrução criminal, implicaria a discussão da justiça da condenação e demandaria dilação probatória, inviável na via célere de habeas corpus.

2. A fixação da pena-base do Paciente acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis - quantidade e qualidade do entorpecente apreendido (895 gramas de crack), antecedentes do Paciente e conduta social, consubstanciada na dedicação exclusiva ao mundo do crime -, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

3. Considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal, não há como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador, pois essa instância especial não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 151.641/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 21/11/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

I - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (Precedentes).

II - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstância judicial desfavorável apta a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

III - A grande quantidade de substância entorpecente apreendida (141 kg) é circunstância judicial que justifica o aumento da pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima do mínimo legal (Precedentes do STJ e do STF).

IV - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de habeas corpus.

Ordem denegada." (HC 102.032/PE, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 04/08/2008.)

No que se refere ao patamar de redução pela aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, cumpre salientar que o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que *"o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto"* (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas de modo adequado.

Na hipótese, o Juízo sentenciante justificou a redução implementada, valendo-se dos seguintes fundamentos, *ad litteram*:

"[...]

Assim, considerando a elevada quantidade de comprimidos de ecstasy apreendidos com o acusado (490), sendo esta droga extremamente nociva e com elevado grau de dependência química, aliada às circunstâncias da prisão, ou seja, quando iria entregar 300 comprimidos de ecstasy a terceiro, a reprimenda será reduzida em 1/6 (um sexto)." (Fl. 32)

A propósito, 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, no primeiro momento da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico, os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada, em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

No mesmo sentido, confirmam-se as seguintes ementas:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/3. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Na hipótese, à luz do art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, a grande quantidade da droga apreendida - 65,08 kg de maconha -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do 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.

4. Ordem denegada." (HC 173.757/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2011.)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA NOVEL LEI DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

I. O artigo 42 da Lei de Drogas preleciona que na aplicação da pena-base deverá o Juiz sopesar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a quantidade e natureza da droga apreendida.

II. Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína e do "crack" em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes.

III. Quantidade expressiva de droga apreendida - 45 porções de cocaína e 312 de "crack" - que autoriza a exacerbação da pena acima do piso legal, sem que se verifique a ocorrência de constrangimento ilegal.

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete 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 conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. *Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.*" (HC 179.086/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 14/04/2011.)

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida – 490 comprimidos de "ecstasy" – justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

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

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). UTILIZAÇÃO DAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM DUAS DAS TRÊS FASES DA DOSIMETRIA. INOCORRÊNCIA. REPRIMENDA ADEQUADA PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE SE AVALIAR, NA VIA DO HABEAS CORPUS, QUAL SERIA A PENA ADEQUADA AO FATO PELO QUAL FORAM CONDENADOS OS PACIENTES. ORDEM DENEGADA.

I - Tenho que o magistrado não se utilizou das mesmas circunstâncias judiciais (quantidade e qualidade da droga) para fixar as penas-bases dos pacientes e, em ato posterior, diminuí-las no patamar mínimo (1/6), decorrente da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena liberdade de aplicar a redução no patamar conforme seja 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 - O habeas corpus não pode ser utilizado como forma de se verificar qual a pena adequada para os delitos pelos quais o paciente foi condenado, uma vez que representaria um novo juízo de reprovabilidade.

IV - Ordem denegada." (STF, HC 102.487/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 17/06/2010; sem grifos no original.)

Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela causa de diminuição de pena do 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.

De outra parte, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, é conhecida a posição desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico ilícito 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.

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (STF, HC 111.840/ES, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado no dia 27/06/2012.)

Com efeito, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5.º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado individualizar a reprimenda do condenado, conforme o caso concreto. No ponto, cumpre transcrever os fundamentos do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07."

Desse modo, consoante orientação da Suprema Corte, afastada a disposição constante do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se observar o que dispõe o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso, impende salientar que a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal (05 anos e 03 meses de reclusão) e a pena definitiva foi estabelecida em **04 (quatro) anos e 02 (dois) meses**.

Assim, considerando o *quantum* da pena fixado e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tem-se por justificada a fixação do regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. AÇÕES EM ANDAMENTO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. MORTE DA VÍTIMA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO. DESCABIMENTO. CONSEQUÊNCIA QUE, EMBORA SEJA GRAVE, É INERENTE AO TIPO PENAL. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA QUALIFICADORA. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O DELITO E DAS DEMAIS COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VIABILIDADE.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.

2. *Viola o princípio da presunção de inocência a valoração negativa dos maus antecedentes em razão de inquéritos em andamento ou ações penais sem trânsito em julgado.*

3. *A morte da vítima, embora constitua grave consequência, não pode servir para exasperar a sanção, por ser inerente ao tipo penal pelo qual o paciente foi condenado – homicídio.*

4. *Segundo a iterativa jurisprudência desta Corte, havendo pluralidade de qualificadoras permite-se que uma delas qualifique o delito, enquanto as outras sejam utilizadas na primeira etapa, como circunstância judicial desfavorável.*

5. *Ordem parcialmente concedida, com o intuito de, afastando as circunstâncias judiciais valoradas negativamente, reduzir a pena recaída sobre a paciente, de 14 (quatorze) para 13 (treze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado." (HC 151.895/MG, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 17/12/2010; sem grifo no original.)*

Por fim, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0206359-5

HC 189.960 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100570814 64100003501

EM MESA

JULGADO: 16/08/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: EUNICE ANISETE DE SOUZA TRAJANO
ADVOGADO	: EUNICE ANISETE DE SOUZA TRAJANO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: RENAN ARTUR DEMÉTRIO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.