



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 233.728 - MS (2012/0032504-4)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : HENOC CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO  
**ADVOGADO** : HENOC CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PACIENTE** : MARIA SEBASTIANA MARTINES GABILAN (PRESO)  
**PACIENTE** : EDEMAR GABILAN RECALDE (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33 § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, por manter em depósito, para venda a terceiros, 25 gramas de cocaína. A pena de MARIA SEBASTIANA foi fixada em 04 anos, 02 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 425 dias-multa. A pena de EDEMAR GABILAN foi fixada em 04 anos, 08 meses e 07 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 425 dias-multa.

2. O Tribunal de Justiça *a quo* considerou que as circunstâncias do crime e a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida trouxeram maior reprovabilidade à conduta dos agentes. E 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 Drogas.

3. 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.

4. Contudo, o acórdão impugnado considerou desfavoráveis aos réus as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

5. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que os Pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* denegado.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **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, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 21 de maio de 2013 (Data do Julgamento)

**MINISTRA LAURITA VAZ**  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 233.728 - MS (2012/0032504-4)

IMPETRANTE : HENOCK CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO  
ADVOGADO : HENOCK CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
PACIENTE : MARIA SEBASTIANA MARTINES GABILAN (PRESO)  
PACIENTE : EDEMAR GABILAN RECALDE (PRESO)

### RELATÓRIO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de MARIA SEBASTIANA MARTINES GABILAN e EDEMAR GABILAN RECALDE, condenados pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, proferido em sede de apelação.

Consta dos autos que os Pacientes, em sede de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual, tiveram suas penas majoradas, em julgado assim ementado:

*"APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - TRÁFICO DE DROGAS APELADO ROBBY - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO MANTIDA - APELADOS MARIA SEBASTIANA E EDEMAR - AUMENTO DA PENA-BASE POSSIBILIDADE - REGIME PRISIONAL INICIAL - FECHADO - ART. 33, §3º. DO CP - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - AFASTADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*Não comprovado o ânimo de associação estável e permanente para o tráfico de drogas entre os agentes, deve ser mantida a absolvição.*

*Como o conjunto probatório dos autos não comprova a traficância por parte do corréu e sim sua permanência no local para adquirir e consumir drogas, mantém-se a desclassificação da conduta para o artigo 28. da Lei 11.343/2006.*

*Tendo em vista que a pena-base foi fixada de forma equivocada pelo julgador singular, pois não observado o artigo 42, da Lei 11.343/2006 e as peculiaridades do caso telado, a mesma merece ser majorada.*

*Mantém-se o percentual de redução fixado pelo julgador singular atinente ao tráfico privilegiado, pois devidamente justificado e em harmonia com o caso concreto.*

*O regime prisional inicial deve mesmo ser o fechado, ante as circunstâncias judiciais negativas, a teor do artigo 33. § 3º, do Código Penal.*

*Apesar do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 97.256, em 01/09/2010 ter considerado inconstitucional a vedação contida no artigo 44. da Lei 11.343/2006, no tocante à proibição da substituição da pena corporal por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de drogas.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*tenho que no caso concreto tal substituição não é possível, por ser a pena privativa de liberdade superior a 4 anos, não restando preenchido o requisito objetivo temporal exigido pelo artigo 44, do Código Penal. " (fl. 351)*

A pena de MARIA SEBASTIANA foi fixada em 04 anos, 02 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 425 dias-multa. A pena de EDEMAR GABILAN foi fixada em 04 anos, 08 meses e 07 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 425 dias-multa.

Na presente sede processual o Impetrante sustenta, em suma, a (i) ausência de motivação idônea capaz de justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal e a (ii) inobservância do princípio constitucional da individualização da pena, quando da fixação do regime prisional (fl. 14).

Requer, liminarmente, o abrandamento do regime prisional para o aberto e, no mérito, o restabelecimento da sentença que fixou a pena-base no mínimo legal e substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 366/367.

As judiciosas informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 375/383, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.728 - MS (2012/0032504-4)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33 § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, por manter em depósito, para venda a terceiros, 25 gramas de cocaína. A pena de MARIA SEBASTIANA foi fixada em 04 anos, 02 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 425 dias-multa. A pena de EDEMAR GABILAN foi fixada em 04 anos, 08 meses e 07 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 425 dias-multa.

2. O Tribunal de Justiça *a quo* considerou que as circunstâncias do crime e a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida trouxeram maior reprovabilidade à conduta dos agentes. E 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 Drogas.

3. 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.

4. Contudo, o acórdão impugnado considerou desfavoráveis aos réus as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

5. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que os Pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* denegado.

### VOTO

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

Narram os autos que em cumprimento de uma ordem de busca e apreensão, no dia 12 de junho de 2010, policiais militares surpreenderam os Pacientes mantendo em depósito,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para venda a terceiros, 25 gramas de cocaína. Por isso, foram denunciados como incurso nos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas.

Encerrada a instrução, o MM Juiz da 1.<sup>a</sup> Vara da Comarca de Jardim/MS julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou os acusados como incurso no art. 33 § 4.<sup>o</sup>, da Lei n.<sup>o</sup> 11.343/06, à pena de 03 anos, 01 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Irresignado, o Ministério Público apelou, argumentando que os Pacientes deveriam ser condenados por infração ao art. 35 da Lei 11.343/2006 e que a pena-base dos apelados foi fixada no mínimo legal de forma equivocada, pois há diversas circunstâncias judiciais desfavoráveis no caso concreto.

O Tribunal de Justiça *a quo* deu parcial provimento ao recurso acusatório, agravando a sanção penal dos Pacientes, nos seguintes termos:

### *"PENA DA APELADA MARIA SEBASTIANA*

*Passo à nova dosimetria da pena, em conformidade às diretrizes estabelecidas no artigo 68 e 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei n.<sup>o</sup> 11.343/2006:*

Culpabilidade: alta, pois a apelada traficava cocaína, com grande intensidade, sendo tal droga altamente lesiva. Antecedentes: não possui. Conduta Social: mim, pois traficava em local onde residia um bebê, seu neto, na casa dos fundos. Personalidade: sem elementos, pois se enquadra na reprovabilidade constante do próprio tipo penal. Motivos do crime: são os normais da espécie. Circunstâncias: as circunstâncias são graves, pois a apelante aproveitou-se do fato que em tal local já ler funcionado boca de fumo para continuar com () comércio. Consequências: normais da espécie, sem nenhuma particularidade. Comportamento da vítima: o comportamento da vítima não influenciou para a prática do delito, porquanto o sujeito passivo do delito é a sociedade.

*Deste modo, tendo em vista a culpabilidade, a conduta social e as circunstâncias do crime, desfavoráveis à apelada, fixo a pena base em 07 anos e 2 meses de reclusão e 650 dias-multa, pela infração ao artigo 33, caput, da Lei n.<sup>o</sup> 11.343/2006.*

*Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.*

*Na terceira fase, presente a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4.<sup>o</sup>, da Lei n.<sup>o</sup> 11.343/2006 e conforme fundamentação supra, mantenho o percentual de redução fixado em 3/8 pelo julgador singular e, à míngua de outras causas de diminuição ou aumento, fica a pena fixada definitivamente em 4 anos, 5 meses e 22 dias de reclusão e 406 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.*

### *PENA DO APELADO EDEMAR*

*Passo à nova dosimetria da pena, em conformidade às diretrizes estabelecidas no artigo 68 e 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei n.<sup>o</sup> 11.343/2006:*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Culpabilidade: alta. pois a apelada traficava cocaína. com grande intensidade, sendo tal droga altamente lesiva. Antecedentes: não possui. Conduta Social: ruim, pois menos de dois meses após ser flagrado traficando, voltou a comercializar drogas. bem como traficava em local onde residia um bebê. seu sobrinho. na casa dos fundos. Personalidade: sem elementos. pois se enquadra na reprovabilidade constante do próprio tipo penal. Motivos do crime: são os normais da espécie. Circunstâncias: as circunstâncias são graves. pois o apelante aproveitou-se do fato de já ser conhecido e que em tal local havia mantido boca de fumo para continuar com o comércio. bem como, era "o cabeça da boca de fumo" (f, '09). Consequências: normais da espécie. sem nenhuma particularidade. Comportamento da vítima: o comportamento da vítima não influenciou para a prática do delito, porquanto o sujeito passivo do delito é a sociedade.

*Deste modo. tendo em vista a culpabilidade. a conduta social e as circunstâncias do crime, desfavoráveis à apelada. fixo a pena base em 07 anos e 6 meses de reclusão e 680 dias-multa. pela infração ao artigo 33, caput. da Lei nº 11.343/2006.*

*Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.*

*Na terceira fase. presente a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º. da Lei 11.343/2006 e conforme fundamentação supra, mantenho o percentual de redução fixado em 3/8 pelo julgador singular e, à míngua de outras causas de diminuição ou aumento, fica a pena fixada definitivamente em 4 anos, 8 meses e 7 dias de reclusão e 425 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.*

### DO REGIME PRISIONAL

*O julgador singular fixou o regime prisional aberto para início de cumprimento da reprimenda, com base nas diretrizes do artigo 33, do Código Penal.*

*De acordo com o apelante o regime prisional inicial deve ser o fechado por ser o delito de tráfico de drogas equiparado a hediondo.*

*No entanto. a manutenção da hediondez do delito. não implica em imposição automática do regime prisional inicial fechado.*

*A um. que o Supremo Tribunal Federal já decidiu ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos aos condenados por tráfico privilegiado. sendo, portanto. inviável admitirmos somente o regime fechado. por colidir com a interpretação dos artigos 33 e 44. do Código Penal.*

*A dois, que de acordo com Renato Marcão "apesar de se referir expressamente à proibição de liberdade provisória, com ou sem fiança; concessão de sursis. restritivas de direitos; anistia; graça; indulto e prazo para obtenção de livramento condicional (ver art. 44). a lei, que é federal e especial. não restringiu. em qualquer de seus dispositivos. a liberdade de individualização judicial da pena de maneira a proibir a fixação de regime inicial aberto ou semi-aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade".*

*A três que de acordo com entendimento expressado pelo Ministro Og Fernandes. do STJ. por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 180.177. "a Lei não andou em harmonia com o princípio da*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*proporcionalidade. corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Nesse sentido, trouxe a lume recentes precedentes: HC-130.1 13/SC. Relator Ministro Nilson Naves: HC-154.570/RS. Relatora Ministra Maria Thereza; c HC-128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi. (STJ. HC 180177/MS. ReI. Ministro OG FERNANDES. SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2010. DJe 01102/2011)''.*

*Assim, a imposição do regime prisional inicial deve ser feito de acordo com as particularidades do caso concreto e ditames do artigo 33. do Código Penal.*

*No caso telado, o regime prisional inicial deve mesmo ser o fechado, ante as circunstâncias judiciais negativas, a teor do artigo 33, § 3º, do Código Penal.*

### SUBSTITUIÇÃO DA PENA

*Apesar do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 97.256. em 01/09/2010 ter considerado inconstitucional a vedação contida no artigo 44. da Lei 11.343/2006, no tocante à proibição da substituição da pena corporal por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de drogas, tenho que no caso concreto tal substituição não é possível, por não ser socialmente recomendável. bem como. no caso concreto. por ser a pena privativa de liberdade superior a 4 anos. não preenchido o requisito objetivo temporal exigido pelo artigo 44. do Código Penal." (fl. 358)*

Consoante andamento processual disponibilizado no endereço eletrônico da Corte *a quo*, após ciência da Procuradoria Geral de Justiça, os autos foram remetidos à origem, no dia 13 de março de 2013. Não há informações sobre o trânsito em julgado da condenação.

Pois bem.

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

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 Federal.

Na hipótese em apreço, o Tribunal de Justiça *a quo* considerou que as





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do crime e a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida trouxeram maior reprovabilidade às condutas dos agentes.

Desse modo, tenho que não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, porque a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Exemplificativamente:

*"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (94 kg DE MACONHA). DECISÃO FUNDAMENTADA. WRIT DENEGADO.*

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 Drogas.

2. In casu, o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal a quo, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, afirmou que a grande quantidade de droga apreendida (quase 94 kg de maconha) trouxe maior grau de censurabilidade à conduta dos Pacientes, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentos válidos.

3. É desinfluyente a alegação de que o juízo sentenciante embasou o aumento de pena em inquéritos e ações penais em andamento - o que, frise-se, não restou corretamente demonstrado pela Defesa, e cujo ônus em provar lhe competia -, pois se mostra adequado e proporcional o aumento de 1 ano e 6 meses na pena-base de delito cujo mínimo legal é de cinco anos, ante a grande quantidade de droga apreendida (cerca de 94 kg de maconha).

4. Ordem denegada." (HC 134.663/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 15/09/2011.)

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO. PENA-BASE EXACERBADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA SANÇÃO. ORDEM DENEGADA.*

1. Não há que se falar em manifesta ilegalidade a ser sanada na via eleita se o magistrado de primeiro grau, ao fixar as penas-bases do paciente acima do mínimo legal, fundou-se nas desfavoráveis circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 59 do Código Penal.

2. Sentença que assentou tratar-se da segunda maior apreensão da história do país (1.691 kg de cocaína), ressaltando as circunstâncias do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*delito (transporte da droga no interior de bucho bovino) e a organização, complexidade e extensão da associação criminosa. Foi apresentada, portanto, motivação concreta na dosimetria da reprimenda imposta ao paciente.*

3. Ademais, o Tribunal de origem destacou que a análise mais detalhada da fundamentação adotada pelo magistrado a quo será feita no julgamento da apelação, recurso adequado para tal fim, não havendo como reconhecer, por ora, qualquer constrangimento ilegal na dosimetria da pena imposta ao paciente.

4. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte, a grande quantidade de droga é circunstância que autoriza a exacerbação da pena-base.

5. Ordem denegada." (HC 96.237/GO, 6.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 12/04/2010.)

Cumprе ressaltar, ainda, que o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expрesso 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 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 *ne 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 o percentual de redução a ser aplicado em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

Logo, inexistе constrangimento ilegal no fato de a minorante ter sido aplicada no patamar de (3/8).

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade, a qualidade e a natureza da droga apreendida justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

Portanto, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante, 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.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Entretanto, fixada a pena-base acima do mínimo legal, cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte Superior:

*"HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. DESCABIMENTO.*

*1. É cabível a fixação de regime semiaberto em razão das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, ligadas a maneira com que foi cometido o delito, ainda que a pena final seja igual ou inferior a quatro anos.*

*2. Hipótese em que o julgador se valeu de elementos idôneos para determinar o regime prisional - crime cometido no período noturno e contra menor de idade - tendo, inclusive, arbitrado a pena-base acima do mínimo legal.*

*3. Ordem denegada."* (HC 220.667/MS, 6.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 07/03/2012.)

*"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. [...]*

*3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentação idônea, correta a estipulação do regime inicial mais gravoso, conforme autorizado pelo § 3º do art. 33 do Código Penal.*

*4. Ordem denegada."* (HC 96.379/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 16/06/2008.)

Por fim, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a medida não se mostra adequada, uma vez que os Pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0032504-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 233.728 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110364977 21262820108120013

EM MESA

JULGADO: 21/05/2013

#### Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### AUTUAÇÃO

|            |                                                       |
|------------|-------------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO        |
| ADVOGADO   | : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO        |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL |
| PACIENTE   | : MARIA SEBASTIANA MARTINES GABILAN (PRESO)           |
| PACIENTE   | : EDEMAR GABILAN RECALDE (PRESO)                      |
| CORRÉU     | : ROBBY CHRISTIAN RECALDES GABILAN                    |

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, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.