



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.412 - ES (2010/0217713-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : FÁBIO FARIAS PACHECO

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/6. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (332 papелotes de cocaína), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. Concretamente fundamentada em um sexto a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, dado o montante de droga, não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.

3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.

4. No caso concreto, não obstante tenha o Tribunal negado essa possibilidade, em tese, invocando a Lei nº 11.464/2007, o motivo já ventilado, ou seja, a quantidade de droga impede a alteração para um regime menos gravoso que o fechado, ainda que a pena seja inferior a oito anos.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 17 de maio de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.412 - ES (2010/0217713-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : FÁBIO FARIAS PACHECO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de FÁBIO FARIAS PACHECO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação Criminal n.º 024080444730).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado. A defesa, inconformada, interpôs recurso de apelação, ao qual o tribunal de origem negou provimento, em acórdão com esta ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ARTS. 33 DA LEI N. 11.343/06. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ATENDIMENTO FIEL AO CRITÉRIO TRIFÁSICO PREVISTO NO CP. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há que se falar em nulidade da denúncia em razão da ausência de motivação justa quando todos os elementos do art. 41 do CPP - exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas - e indícios de autoria e prova de materialidade estão presentes.

2. Outrossim, não merece prosperar a alegação de nulidade da sentença de piso em virtude do cerceamento de defesa uma vez que o acusado efetivamente participou de todas as fases processuais, bem como em razão dos indícios funcionarem como um auxílio, um reforço da *opinio delicti* do Julgador, motivo pelo qual não necessitam de serem submetidos a apreciação do réu, bastando a suficiente explanação no corpo do julgamento, de molde que o acusado tome conhecimento das razões que levaram o nobre Juiz a decidir, ou não, por sua condenação o réu.

3. Resta insubsistente o pleito de absolvição em razão da insuficiência de provas uma vez que tanto os indícios quanto as provas colhidas durante a instrução criminal demonstram a destinação econômica da substância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilícita apreendida.

4. A sanção fixada está de acordo com os critérios estabelecidos pela legislação brasileira, bem como atende aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena, não devendo sofrer modificações.

5. Impossível a fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção vez que se trata de crime equiparado ao hediondo cometido sob a vigência da Lei 11.464/07.

6. Recurso a que se nega provimento.

Alega o impetrante que a sentença, mantida pelo acórdão combatido, deixou de fundamentar a aplicação da pena-base acima do mínimo legal e do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06 em seu patamar mínimo (1/6).

Argumenta que a pena-base não pode ser estabelecida acima do mínimo legal "com suporte em referências básicas e dados não explicitados".

Assevera que, tratando-se de réu primário, portador de bons antecedentes, que não se dedica à atividade criminosa, impõe-se a aplicação do redutor em seu grau máximo (2/3), uma vez favoráveis as circunstâncias judiciais.

Aduz que o legislador, ao estabelecer a pena, já considerou a gravidade da conduta.

Insurge-se, ainda, contra o regime inicial de cumprimento da pena, argumentando ser possível, no caso, a fixação do regime inicial semiaberto.

Salienta que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, recentemente, a possibilidade de fixação de regime inicial aberto ao condenado por tráfico ilícito de entorpecentes.

Requer, liminarmente, a suspensão do processo até o julgamento definitivo deste *writ*. No mérito, pretende a concessão da ordem para "retificar a condenação", reduzindo a pena-base ao mínimo legal, aplicar o redutor do art. 33, § 4º em seu grau máximo (2/3) e fixar o regime inicial semiaberto ou aberto para o cumprimento da pena.

Indeferida a liminar (fls. 85/86) e prestadas informações (fls. 88/91), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 232/236).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.412 - ES (2010/0217713-7)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/6. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (332 papelotes de cocaína), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.
2. Concretamente fundamentada em um sexto a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, dado o montante de droga, não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.
3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.
4. No caso concreto, não obstante tenha o Tribunal negado essa possibilidade, em tese, invocando a Lei nº 11.464/2007, o motivo já ventilado, ou seja, a quantidade de droga impede a alteração para um regime menos gravoso que o fechado, ainda que a pena seja inferior a oito anos.
5. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Como visto, três são as pretensões em exame: a) a redução da pena-base ao mínimo legal, b) a aplicação da causa especial de diminuição pelo máximo (2/3) e c) a fixação do regime inicial semiaberto ou aberto para o cumprimento da pena.

Vejamos o que disse a sentença (fls. 26/29):

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva do Estado para e efeito de condenar FÁBIO FARIAS PACHECO, brasileiro, natural de Alegre/ES, nascido em 06/12/1977, filho de Valdeci João Pacheco e de Ivone Faria Ferreira, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

Passo à dosimetria e individualização da pena, por força do disposto no artigo 59 do Código Penal, seguindo as diretrizes traçadas pelo artigo 68 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo, estatuto repressivo.

A culpabilidade foi intensa, uma vez que o réu possuía consciência da ilicitude da conduta, sendo o grau de reprovabilidade elevado; os antecedentes não registram condenação anterior; a conduta social não ficou esclarecida; não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise da personalidade; os motivos do crime são injustificáveis; as circunstâncias não favorecem ao réu; as consequências do ilícito são próprias do tipo penal; a vítima, sendo a sociedade, em nada contribuiu para o crime; e a condição econômica do réu não ficou esclarecida.

Atento a tais circunstâncias judiciais, bem como considerando a natureza e a quantidade da droga, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e em 500 (quinhentos) dias de multa.

Não há atenuante nem agravante; tomando como norteador os artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06², ciente da culpabilidade do réu já expressada na análise das circunstâncias judiciais, bem como levando em consideração a natureza e a expressiva quantidade da droga, aplico a causa de diminuição de pena prevista pelo artigo 33, §4º, da lei de regência³, à razão de 1/6 (um sexto).

Inexiste causa de aumento de pena; portanto, concretizo o apenamento, EM 05 (CINCO) ANOS, 06 (SEIS) MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO E EM 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS DE MULTA fixada à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo vigente na data do fato, a ser paga em dez dias do trânsito em julgado da sentença, à míngua de qualquer outro motivo a considerar e por entender ser necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

A pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente em regime prisional fechado, nos termos do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90⁴.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista o quantum da pena aplicada e a expressa vedação do artigo 44 da Lei 11.343/06⁵.

O acórdão, por sua vez, fixou (fls. 66/70):

Assentada tal premissa, passo à análise do pleito de redução da penalidade aplicada.

Destarte, o Magistrado de Piso sopesou a dosimetria da pena de forma correta em sua primeira fase, aplicando a pena-base em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Isto porque, de acordo com o art. 42 da Lei 11. 343/06, malgrado haja uma leve preponderância de circunstâncias judiciais favoráveis, a quantidade e o tipo de substância ilícita apreendida autorizam um maior juízo de reprovabilidade.

Já na segunda fase, não se vislumbrou a incidência de atenuantes ou agravantes da pena.

Por fim, na terceira fase, verificou-se a incidência de atenuantes ou agravantes da pena.

Por fim, na terceira fase, verificou-se a existência de causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, razão pela qual reduziu-se a sanção em 1/6 (um sexto), passando esta a incidir em 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Logo, não merece prosperar o pleito de aplicação da aludida causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de diminuição ao máximo previsto pela legislação vigente, ou seja, a quantia de 2/3 (dois terços). Isto porque a escolha da valoração a ser fixada fica à critério do Juiz que, com razoabilidade e atento às circunstâncias concretas do caso, aplicará o valor que julgar coerente.

In casu, denota-se que, além da sanção definitiva ter sido fixada em valor próximo ao mínimo legal previsto para o tipo, fato que evidentemente favoreceu a pena do Apelante, existem 3 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu (culpabilidade, motivos e circunstâncias do crime), fato que incidiu negativamente no livre convencimento motivado do Magistrado a que quando da valoração da terceira fase de aplicação da sanção.

Saliente-se, também, e conforme acima mencionado, a quantidade de droga apreendida, fato que por si só permite a aplicação da causa de diminuição abaixo do máximo previsto, estando, portanto, plenamente justificada a escolha feita pelo juiz de piso.

Destarte, a pena fixada está de acordo com os critérios estabelecidos pela legislação brasileira, bem como atende aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena.

(...)

No que tange ao pleito de fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção, considero que este não deve prosperar, vez que se trata de crime equiparado ao hediondo cometido sob a vigência da Lei 11.464/07.

(...)

Assim, verifica-se que a pretensão deduzida no presente recurso não se encontra em sintonia com a jurisprudência.

À luz do exposto, CONHEÇO do presente recurso, contudo NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a sentença de piso.

É como voto.

Conforme se depreende, embora o Juízo de primeiro grau, com aval do acórdão em xequê, tenha, de alguma forma, valorado negativamente algumas circunstâncias judiciais de modo desfavorável, sem fundamentação concreta, o fato é que louva-se, em última *ratio*, no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, em face da grande quantidade de droga apreendida (332 papéletes de cocaína).

Nesse sentido, penso que justificado está o aumento na pena-base, pois esse é mesmo o espírito do mencionado dispositivo, que dispõe:

"Art. 42. 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."

Assim já decidiu esta Corte:

A quantidade da substância entorpecente apreendida é circunstância que, por si só, justifica o aumento da pena base acima do mínimo legal.

A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.

Nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, a natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas tanto na fixação da pena-base quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

(HC 175.747/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 13/12/2010)

O aumento da pena-base encontra-se plenamente justificado em elementos concretos extraídos dos autos. In casu, levou-se em consideração a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos.

(HC 93.922/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 14/06/2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE EXACERBADA COM MUITO RIGOR. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.

1. Corretas as decisões de primeiro e segundo grau, que reconhecem circunstâncias desfavoráveis ao réu, pela quantidade de droga apreendida, cerca de 260 gramas de "crack", e pela reincidência.

2. Aumento, todavia, exagerado, comportando redução.

3. Ordem concedida em parte.

(HC 129.259/DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/05/2010)

O mesmo raciocínio vale para o montante da causa especial de diminuição, pois concretamente fundamentada a redução na quantidade de droga, fixar outro *quantum* demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

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 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a variedade e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade das substâncias apreendidas - 65,71g de "maconha" e 16,56g de "merla" - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

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.

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). 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.

(...)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho este julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

Quanto ao regime, equivoca-se o acórdão ao não reconhecer a possibilidade de impor, em tese, outro diferente do fechado, para o crime de tráfico, escudando-se na Lei nº 11.464/07.

É que a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - foi superada pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte)." HC 101291/SP, rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida." (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Assim, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010).

Contudo, no caso concreto, a grande quantidade de droga não autoriza a alteração do regime fechado para outro menos gravoso, consoante a jurisprudência do Tribunal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO, EM RELAÇÃO A UMA DAS PACIENTES, NO PATAMAR MÍNIMO. POSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AFASTAMENTO, EM RELAÇÃO À CORRÉ, DADA AO APONTAMENTO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. SANÇÃO INFERIOR A OITO ANOS. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A considerável quantidade de drogas apreendida – mais de 15 (quinze) quilos de cocaína – é justificativa hábil a obstar a aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar máximo. Assim, mostra-se razoável a fração de 1/6 (um sexto), utilizada pelo Tribunal de origem.

2. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via eleita quando as instâncias ordinárias, apontando a dedicação a atividades criminosas, afasta a aplicação da referida minorante.

2. Na hipótese, uma das pacientes é acusada de aliciar mulheres para transportar para outra unidade da federação, junto aos seus corpos, elevada quantidade de entorpecentes.

3. Muito embora a reprimenda final não alcance 8 (oito) anos de reclusão, é devida a manutenção do regime prisional fechado, principalmente pelas características que envolvem a questão (apreensão de grande quantidade de cocaína e interestadualidade do delito).

4. Ordem denegada.

(HC 140011/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 06/09/2010)

REPRIMENDA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO FECHADO. MODO ABERTO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. QUANTIDADE DE DROGA CAPTURADA. GRAVIDADE CONCRETA. FORMA MAIS GRAVOSA MOTIVADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

1. Não obstante o quantum de pena definitivamente fixado não exceder a 8 (oito) anos de reclusão, mostra-se justificada a fixação do modo inicialmente fechado, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do CP e do art. 42 da nova Lei de Tóxicos, haja vista a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais e a gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela elevada quantidade de entorpecente capturado em poder do agente.

2. Ordem denegada.

(HC 210.670/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4, DA LEI N. 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO DE REDUTOR EM 1/3 (UM TERÇO). REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE RECOMENDAM O REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM DENEGADA.

1. Art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Causa de diminuição de pena.

A quantidade de droga apreendida é elemento idôneo a sopesar o grau de redução da sanção pena, sendo até mesmo, circunstância a obstar a concessão da benesse. In casu, para beneficiar o sentenciado com maior redução, como pretendido na impetração, é necessário rever os critérios utilizados pela Corte originária ao adotar a redução em patamar inferior ao máximo previsto, situação que demanda revolvimento de aspectos de ordem probatória, medida inadmissível na via angusta do habeas corpus. Precedentes.

2. A disposição contida na Lei n. 11.464/07 que estabelece o regime inicial fechado para os delitos hediondos ou equiparados deve ser afastada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois ofende o princípio da individualização da pena, ao estabelecer que todos os aludidos delitos devem iniciar a expiação da culpa no modo mais gravoso.

3. Todavia, há particularidades, no caso em apreço, que desautorizam o estabelecimento de regime mais brando, pois a quantidade e a natureza da droga apreendida - 15,760 gramas de cocaína em pedra (crack) - indicam o modo fechado para o início do resgate da pena, como sendo a medida mais adequada.

4. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 220.082/GO, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 14/03/2012)

Em caso análogo, fixei:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 a paciente que não atende aos seus requisitos.

Hipótese em que o Tribunal de origem negou o benefício invocando a natureza e quantidade de drogas apreendidas, asseverando que o paciente dedica-se a atividade criminosa. Tal conclusão não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas.

2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, 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, a personalidade e a conduta social do agente".

4. Condenado o paciente por tráfico, em razão da grande quantidade de droga (21 papérolas de cocaína, pesando 43,02 g), o regime mais adequado é o fechado.

5. Ordem denegada.

(HC 212.195/MS, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012)

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0217713-7

HC 191.412 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 24080444730 62862009

EM MESA

JULGADO: 17/05/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO EDUARDO BUENO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : FÁBIO FARIAS PACHECO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.