



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.155 - SP (2012/0141406-4)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO BARBOSA DA SILVA
PACIENTE : CINTIA HILDEBRANDO INÁCIO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, **CAPUT**, DA LEI 11.343/2006). PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006, EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. IMPOSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM FACE DA VARIEDADE E DA GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PREVALÊNCIA DO ART. 42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 3º, C/C ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DO STJ. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE **HABEAS CORPUS**, DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. **In casu**, não há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de **habeas corpus**.

VI. Nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, deve o magistrado 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 art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. No caso, em razão da grande quantidade e variedade de drogas apreendidas – 9,332 kg de maconha, 44 g de cocaína e 6 tijolos de maconha –, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e a reprimenda foi reduzida em 1/6 (um sexto), pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo inviável a redução da pena-base e a aplicação da redução da pena na fração máxima de 2/3 (dois terços), nos termos da jurisprudência desta Corte.

VII. Inviável também a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, eis que aos pacientes foi fixada – e mantida, pelo acórdão impugnado – pena definitiva superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

VIII. Hipótese em que a pena-base dos pacientes foi fixada acima do mínimo legal, diante da diversidade e da grande quantidade das drogas apreendidas em seu poder, fazendo-se preponderar, sobre o art. 59 do Código Penal, a determinação contida no art. 42 da Lei 11.343/2006, de modo que não há ilegalidade na fixação do regime prisional inicial fechado, para o cumprimento de penas definitivas de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e de 4 anos, 7 meses e 16 dias de reclusão, em face do art. 33, § 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

IX. Consoante a jurisprudência do STJ, "fixada a pena-base acima do mínimo legal, é cabível a imposição do regime mais gravoso, notadamente em razão da natureza e diversidade da droga apreendida" (STJ, AgRg no REsp 1.338.076/AL, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 26/03/2013).

X. **Habeas corpus** não conhecido.

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, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2013 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.155 - SP (2012/0141406-4)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de DIEGO BARBOSA DA SILVA e CINTIA HILDEBRANDO INÁCIO, em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação ministerial e deu parcial provimento à Apelação defensiva.

Consta dos autos que os pacientes DIEGO e CINTIA foram condenados, pelo Juízo de 1º Grau, pela prática do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006, respectivamente, às penas de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, e de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e ao pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, ambos em regime inicial fechado, conforme sentença de fls. 30/34e.

O Tribunal **a quo** negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento à Apelação interposta pela defesa, para aplicar, aos pacientes, a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto), restando fixada a pena do paciente DIEGO em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, e a pena da paciente CINTIA em 4 (quatro) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão e 462 (quatrocentos e sessenta e dois) dias-multa.

Neste **writ**, sustenta a impetrante, em síntese, constrangimento ilegal, na fixação de regime inicial fechado, mais gravoso que o delimitado pelo Código Penal, uma vez o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 é inconstitucional, pelo que inexiste óbice à fixação de regime prisional mais brando. Alega, ainda, a possibilidade de fixação da pena-base no mínimo legal, de redução da pena ao máximo, previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, aos condenados por crime de tráfico, quando satisfeitos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Requer, nesse contexto, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para fixar a pena-base no mínimo legal, aplicar a redução da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por decisão de fl. 39e, o pedido liminar foi indeferido.

As informações foram devidamente prestadas, a fls. 81/117e.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República, MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO, opinou pela concessão parcial da ordem, para alterar o regime prisional, do fechado para o semiaberto, para ambos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pacientes (fls. 121/134e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.155 - SP (2012/0141406-4)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012) – quando se considerou incabível o **habeas corpus**, para substituir recurso ordinário constitucional, contra denegação da ordem, pelo STJ –, firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus**, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício, o que ora passo a fazer.

Consoante relatado, busca a impetrante que seja fixada a pena-base dos pacientes no mínimo legal, que seja aplicado, no cálculo de sua pena, o redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo, postulando, em consequência, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Na hipótese, o Juízo de 1º Grau, ao realizar a dosimetria da pena e fixar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado, não aplicou a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, mediante os seguintes fundamentos, **in verbis**:

"Com efeito, de acordo com as declarações do policial José Rogério de Paula, ele foi acionado via COPOM para averiguar denúncia de tráfico em urna residência, sendo que dentre os traficantes havia uma mulher gestante de nome Cibelle, um rapaz chamado Diego e uma outra mulher de nome Cíntia. Chegando ao endereço, uma criança gritou para a mãe que a polícia estava entrando na casa. Neste momento, avistou um rapaz e urna mulher tentando se esconder e escondendo algo debaixo de uma cama. Eles foram abordados e debaixo da cama foi encontrada uma bacia com maconha pronta para ser embalada, meio tijolo grande de maconha e 5 trouxinhas da mesma droga embaladas, além de dinheiro espalhado e um pacote com pinos vazios de embalar cocaína. Em cima da cama havia um saco plástico com 31 pinos de cocaína cheios. Havia na casa também unia balança de precisão digital e numa mochila que estava na sala 06 tijolos de maconha. Perguntados sobre a droga, Cíntia e Diego confessaram que estavam embalando o entorpecente para Cibelle. Enquanto estavam na casa o celular da ré Cíntia tocou e ela atendeu, tendo o depoente ouvido quando Cibelle disse que estava indo buscar o "material". Ao chegar, aproximadamente meia hora depois, Cibelle foi detida e confessou a propriedade das drogas, apontando que os réus trabalhavam para ela."

(...)

Os réus são tecnicamente primários, mas merecem a fixação da pena-base 1/3 acima do mínimo diante da quantidade de droga apreendida e dos inúmeros petrechos encontrados na casa, que denotam divisão do trabalho para a prática do tráfico em grande escala. Estabeleço, portanto, a reprimenda inicial de todos os acusados em 06 anos e 08 meses de reclusão e 666 dias-multa no valor mínimo.

Diante da confissão espontânea da ré Cíntia, diminuo sua pena em 1/6, fixando-a em 05 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão e 555 dias-multa. Pela menoridade da ré Cibelle, diminuo sua pena também em 1/6, fixando-a em 05 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão e 555 dias-multa.

Deixo de diminuir as reprimendas dos réus com fulcro no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, pois eles estavam associados, ainda que não comprovadamente de forma permanente e estável, para o tráfico. Além da droga,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eles possuíam inúmeros petrechos indicativos de que se dedicavam a atividades criminosas, tais como embalagem de diversos tipos de droga, balança de precisão, celulares, etc.

(...)

Os réus não fazem jus a penas restritivas de direitos por expressa vedação legal, não sendo inconstitucional o dispositivo que veda o benefício, pois o tráfico é delito equiparado a hediondo e seus autores devem ser severamente punidos, notadamente pelas consequências nefastas que traz à sociedade.

Deverão iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, pois o tráfico causa enorme risco à ordem pública, fomenta inúmeros outros delitos graves e seus autores são indivíduos sem apreço pela vida alheia" (fls. 31/34e).

O Tribunal **a quo** negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento à Apelação interposta pela defesa, para aplicar, aos pacientes, a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto), restando fixada a pena definitiva do paciente DIEGO em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, e a pena definitiva da paciente CINTIA em 4 (quatro) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, e 462 (quatrocentos e sessenta e dois) dias-multa.

Confira-se a fundamentação do acórdão impugnado:

"(...) a destinação mercantil da droga é clara. Foram apreendidos 9,332kg de maconha e 44g de cocaína, parte já embalada em pequenas porções destinadas ao varejo. A circunstância em que flagrados os condenados denota a atividade de divisão e condicionamento da droga para o comércio, encontradas e apreendidas que foram embalagens (mais de 1262 pinos plásticos e mais de 447 sacos plásticos tipo sacolé), balança de precisão e bacia com a droga recém esfarelada ('*dichavada*', como testemunharam os policiais), além de outros seis tijolos de maconha, a ser dividido em menores porções, em uma sacola, próximo às crianças.

(...)

Pequeno reparo comporta a r. sentença, aplicando-se o redutor do § 4º, do art. 33, da lei especial, a Diego e Cíntia.

Negou o d. Juízo a aplicação do redutor a Cintia, Cibelle e Diego sob o fundamento de que se dedicavam a atividades criminosas por - possuírem, além da enorme quantidade de droga, 'inúmeros petrechos 'indicativos de que se dedicavam a atividades criminosas, tais como embalagens de diversos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipos de droga, balança de precisão, celulares, etc'.

Os requisitos para aplicação da causa de redução estão taxativamente previstos no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06: ser o agente primário, de bons antecedentes e não se dedicar as atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

Compete à acusação demonstrar, de maneira convincente, firme e certa, a ausência dos requisitos legais para a concessão do benefício.

Cabe ao Estado o ônus da prova no tocante à acusação de serem os réus integrantes de organização criminosa, de que se dediquem a atividades ilícitas ou que ostentem máculas em sua vida pregressa, sendo que essa prova, respeitados doutos entendimentos em sentido contrário, não veio aos autos.

Obstar a aplicação da causa de diminuição prevista na Lei 11.343/06 é tornar letra morta a previsão legislativa que buscou estabelecer penalização diversa para as várias situações dos agentes presos ou envolvidos nos crimes de tráfico, afastando assim a indevida comparação entre aqueles que se dedicam ao tráfico e pessoas, outras que, por motivos diversos, se viram envolvidos nesse comércio ilícito ou que nele estavam iniciando. Trata-se de penalização de forma diferenciada, observada a necessária e exigida individualização da pena.

A quantidade de tóxico, por si, não obsta a incidência do redutor, posto que, como visto, serviu de elemento à condenação dos réus pelo crime de tráfico, não podendo, por isso, serem eles novamente penalizados por esse mesmo motivo, sob pena de se ver caracterizado o indesejável *bis in idem*.

As regras norteadoras previstas no art. 42 da nova Lei de Drogas destinam-se a estabelecer parâmetros para a fixação das penas, como expressamente indicado no referido artigo, e não se confundem com os requisitos exigíveis à aplicação do redutor (art. 33, § 4º).

Anote-se, ainda, que a causa de redução trazida pela nova lei se coloca como direito do réu e não faculdade do julgador, se presentes estão os requisitos exigidos pela norma penal. E prevendo a lei um limite mínimo (1/6) e um limite máximo (2/3) para redução da pena imposta, somente a justificação de forma concreta, segura e pontual autoriza a redução diferenciada, o que deve ficar demonstrado nos autos e explicitada pela r. sentença.

No caso dos autos, considerando a enorme quantidade e natureza da droga, cabível a aplicação do redutor a Cintia e Diego na fração mínima (1/6), em observância às regras norteadoras previstas no art. 42 da Lei nº 11.343/06, que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repita-se, destinam-se a estabelecer parâmetros para a fixação das penas, como expressamente indicado no referido artigo, e não se confundem com os requisitos exigíveis à aplicação da causa de diminuição (art. 33, § 4º).

Cibelle, entretanto, não faz jus ao redutor. Afirmou à magistrada que já sofrera condenação por tráfico. A enorme quantidade de droga era de sua propriedade e comprovado restou que fez a torpe proposta de condicionamento da droga para venda a Cintia e Diego mediante a contraprestação de R\$ 500,00 pela atividade, de sua propriedade também a balança de precisão e os demais petrechos.

Deste modo, não preenche os requisitos da lei por já ter sofrido condenação pela prática do tráfico de drogas, bem como pelo dolo que excede, por estes motivos, o elemento subjetivo normal do tipo penal.

A pena-base como fixada a Diego, Cintia e Cibelle pela prática do crime de tráfico deve prevalecer, nesse passo não comportando provimento o recurso defensivo no que combate a estipulação da pena-base no mínimo legal, devidamente elevada, pela ponderada fração de 1/3 'diante da quantidade de droga apreendida e dos inúmeros petrechos encontrados na casa, que denotam divisão de trabalho para a prática do tráfico em grande escala'.

Prevê o texto do art. 42 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.

Bem por isso, na fixação da pena-base entendeu o juízo, embora favoráveis as circunstâncias judiciais, pela ponderada fração de aumento, aplicada de modo fundamentado

(...)

Por fim, tocante ao regime de cumprimento das penas, embora não desconheça julgados em sentido contrário, tenho que prevalece a fixação feita pela Lei 11.343/06, especial que é, e que apenas ratifica a previsão contida no artigo 2º, § 1º, da Lei 8072/90" (fls. 45e e 50/55e).

Verifica-se, portanto, que, o Tribunal **a quo**, seguindo a determinação prevista no art. 42 da Lei 11.343/2006, considerou a grande quantidade e a diversidade de drogas – 9,332 kg de maconha, 44 g de cocaína e 6 (seis) tijolos de maconha (fl. 45e) –, para fixar a pena-base acima do mínimo, bem como para fixar, aos pacientes, a fração de 1/6 (um sexto) para a redução da pena, prevista no art. 33, § 4º, da referida Lei.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no mesmo sentido. Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.

1. Reconhecida a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável a aplicação do redutor em seu patamar máximo se existe fundamento válido para justificar o quantum mínimo da minorante.

2. Hipótese em que o Colegiado estadual fez menção à quantidade e à diversidade das drogas apreendidas (aproximadamente 450 g de maconha e 100 g de cocaína), mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/2 (metade).

3. Não configura bis in idem a utilização da quantidade e variedade de drogas para aumentar a pena-base e para aplicar o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas em patamar inferior ao máximo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.

4. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, no caso concreto, verifica-se que não se mostra razoável a concessão de tais benesses.

5. É que a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas atraem a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/06, 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".

6. Na espécie, o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, em atenção à quantidade e à variedade das drogas apreendidas.

7. Condenado o paciente à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses de reclusão, por tráfico de 450 g de maconha e 100 g



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de cocaína, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

8. Ordem denegada" (STJ, HC 228.592/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 07/05/2012).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE, NO PATAMAR DE 1/2 (METADE), EM DECORRÊNCIA DE DUAS MAJORANTES DO ART. 40 DA LEI N.º 11.343/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). MINORANTE APLICADA EM GRAU INTERMEDIÁRIO. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE E ALTO PODER VICIANTE DA DROGA (COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 05 anos e 03 meses de reclusão, em regime fechado, e 525 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, c.c. o art. 40, incisos III e VI, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 13/06/2008, com 32 invólucros de cocaína, além de R\$ 200,00 e uma nota de dez dólares. Na ocasião, foi apreendido um adolescente, que detinha R\$ 192,00 e traficava com o Apenado.

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 Drogas.

3. Em que pesem algumas impropriedades na sentença condenatória, mormente no tocante à inobservância do critério trifásico de aplicação da pena, não há constrangimento ilegal a ser sanada na via do habeas corpus, por manifestada ilegalidade na individualização da sanção penal, a qual, aliás, foi fixada de forma proporcional e suficiente à reprovabilidade da conduta do agente, considerando-se que a pena abstratamente prevista para o delito em questão é a de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos.

4. Ademais, a pena-base do delito imputado ao Paciente foi corretamente exasperada com base na natureza da substância entorpecente e na certa quantidade da droga apreendida (no caso, 32 invólucros de cocaína).

5. A presença de duas causas de aumento de pena no crime de tráfico ilícito de drogas não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie.

6. Correta a aplicação da minorante, no patamar intermediário, sobretudo quando demonstrado que a reprimenda é necessária e suficiente para reprovação do crime, considerando-se, no particular, que a droga apreendida possui elevado poder viciante e estava acondicionada em certa quantidade.

7. Ordem parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para 04 (quatro) anos e 01 (um) meses de reclusão" (STJ, HC 156.060/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 02/12/2011).

Fixada a pena definitiva do paciente DIEGO em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, e a pena da paciente CINTIA em 4 (quatro) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão e 462 (quatrocentos e sessenta e dois) dias-multa, não há como prosperar o pedido de substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos, uma vez que o **quantum** de pena, por si só, impede o benefício, porque desatendido o requisito contido no art. 44, I, do Código Penal.

Por fim, a questão concernente ao regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva, em crime de tráfico de entorpecentes, foi objeto de julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 11.1840/ES, em 27/06/2012, ocasião em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, sendo afastada, assim, a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, nos termos do Informativo 672, do STF.

Esse entendimento passou a ser adotado pelas Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ: HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012 e HC 245.849/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 24/09/2012.

Nesse contexto, afastada a obrigatoriedade de fixação de regime inicial fechado, em face da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, deve o julgador, quando da aplicação das penas, observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena reclusiva.

Verifica-se, da leitura da sentença – e do acórdão que, nesse ponto, a confirmou –, que, diante da diversidade e quantidade das drogas apreendidas em poder dos pacientes, foi fixada a pena-base dos pacientes na fração de 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, ou seja, em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa (fl. 53e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, correta a fixação do regime prisional mais gravoso – no caso, o fechado –, de vez que o estabelecimento do regime prisional inicial de cumprimento de pena deve observar, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a existência ou não de reincidência, o **quantum** de pena e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, que norteiam a fixação da pena-base. Com efeito, dispõe o art. 33, § 3º, do Código Penal, que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Se a pena-base da paciente CINTIA foi fixada acima do mínimo legal, diante da diversidade e da quantidade das drogas apreendidas em seu poder, fazendo-se preponderar, sobre o art. 59 do Código Penal, a determinação contida no art. 42 da Lei 11.343/2006 – 9,332 kg de maconha, 44 g de cocaína e 6 (seis) tijolos de maconha (fl. 45e) –, não há ilegalidade na fixação do regime prisional inicial fechado, para o cumprimento de pena definitiva do paciente DIEGO, de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e, da paciente CINTIA, de 4 (quatro) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. TRÁFICO. QUANTIDADE DE DROGAS. CONSIDERAÇÃO NAS ETAPAS DA DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

(...)

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é uniforme no sentido de que não ocorre bis in idem na consideração da quantidade de droga para a fixação da pena-base e também do patamar da causa especial de diminuição de pena, com a utilização de um mesmo parâmetro de referência, mas em momentos distintos e com finalidades diversas, visando à fixação de reprimenda proporcionalmente suficiente à reprovação e prevenção do delito, diante das circunstâncias em que perpetrado.

3. Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ.

4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, é cabível a imposição do regime mais gravoso, notadamente em razão da natureza e diversidade da droga apreendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.338.076/AL, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 26/03/2013).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO 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). REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. No caso, o Paciente foi preso em flagrante e posteriormente denunciado como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 03 de agosto de 2010, policiais militares, em patrulhamento, encontraram com ele "para fins de tráfico, substâncias entorpecentes, consistentes em 04 (quatro) invólucros plásticos acondicionando 3,4 g (três gramas e quatro decigramas) de cocaína em pó, 04 (quatro) invólucros plásticos acondicionando 2,4 g (dois gramas e quatro decigramas) de cocaína em forma de "Crack", 03 (três) invólucros plásticos acondicionando 5,5 g (cinco gramas e cinco decigramas) de Cannabis sativa L. (Maconha) e 03 (três) invólucros plásticos acondicionando 0,8 g (oito decigramas) de haxixe/Tetraidrocanabiol (T.H.C)."

2. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da "diversidade de substâncias entorpecentes localizadas em poder do réu, bem como diante do alto poder destrutivo da cocaína em sua versão crack".

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 determinação do grau de redução da pena pela causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

4. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a diversidade e a natureza das substância entorpecentes apreendidas justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como a não aplicação do redutor no grau máximo (2/3).

5. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

6. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, correta a decisão que impôs regime mais gravoso (fechado) para o início do cumprimento da pena.

7. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu "a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS".

8. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o quantum da pena aplicada, estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão.

9. Ordem de habeas corpus denegada" (STJ, (HC 240.876/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 25/04/2013).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/6. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. 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. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no momento em que vendia drogas a um usuário, sendo apreendidos na sua posse 12,7g de cocaína, separados em doze papелotes e o valor de R\$ 300,00. Na sua residência foi arrecadada uma porção de maconha que totalizava 4,6g e a quantia de R\$ 547,00.

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 §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. A aplicação da minorante no patamar mínimo previsto foi, no caso, justificada na quantidade, variedade e natureza da droga. Assim, 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. Precedentes.

4. 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.

5. As instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixaram 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.

6. Ordem de habeas corpus denegada" (STJ, HC 230.306/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 16/11/2012).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO.

1. Esta Corte (e o Supremo Tribunal Federal) já reconheceu a possibilidade de se conceder regime mais brando ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

2. No caso, porém, em consonância com o que decidiu o juiz sentenciante, considerando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, notadamente em razão da quantidade e qualidade da droga apreendida - 240 pedras de crack -, mostra-se justificado o regime fechado para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, muito embora a reprimenda seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão.

3. Ordem denegada" (STJ, HC 240.536/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 20/08/2012).

Assim, o presente **writ**, substitutivo de Recurso Especial, não merece ser conhecido, inexistindo, **in casu**, flagrante ilegalidade, a ensejar a concessão de **habeas corpus**, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, não conheço do presente **Habeas corpus**.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0141406-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 248.155 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20151120108260577 577100020153

EM MESA

JULGADO: 01/10/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO BARBOSA DA SILVA
PACIENTE	: CINTIA HILDEBRANDO INÁCIO
CORRÉU	: CIBELLE DANTAS DA SILVA
CORRÉU	: JOSÉ CRISTIANO DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.