



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.237 - MG (2014/0345544-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : NICOLAU ACHCAR SANTOS JUNIOR E OUTROS
ADVOGADO : NICOLAU ACHCAR SANTOS JÚNIOR E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : VALMIR VITALIANO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. PACIENTE REINCIDENTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. *In casu*, tratando-se de réu reincidente, é inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal. A reincidência, seja específica ou não - tendo em vista que o legislador ordinário não fez distinção alguma nesse sentido, sendo, por isso, irrelevante -, é circunstância que impede a fixação do regime intermediário aos condenados à pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito).

3. *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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 24 de fevereiro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.237 - MG (2014/0345544-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : NICOLAU ACHCAR SANTOS JUNIOR E OUTROS
ADVOGADO : NICOLAU ACHCAR SANTOS JÚNIOR E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : VALMIR VITALIANO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de VALMIR VITALIANO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal n.º 1.0144.13.000206-2/001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Houve recurso de apelação, ao qual foi negado provimento, *in verbis*:

Conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

PRELIMINARES:

QUANTO À ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA EM VIRTUDE DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PELO NÃO ENFRENTAMENTO DE TODAS AS TESES DEFENSIVAS:

A defesa do apelante, inicialmente, argúi a nulidade da sentença, por falta de fundamentação, alegando que o MM. Juiz a quo não enfrentou a tese trazida pela defesa de inconstitucionalidade do artigo 57, da Lei n.º 11.343/06.

Afirma o douto defensor "que o Douto Juízo "a quo" limitou-se a narrar que a Lei especial 11.343/06, em seu artigo 57, prevê que o interrogatório será antes da oitiva das testemunhas, não enfrentando a matéria quanto a constitucionalidade do citado artigo" (fls. 158).

Razão não lhe assiste, data venia.

Vê-se através de uma breve leitura da sentença recorrida que o magistrado sentenciante apreciou as provas trazidas aos autos, de forma que sua conclusão, observado o princípio do livre convencimento motivado, encontra-se em completa consonância com os fundamentos insertos no édito condenatório.

Resta claro na sentença recorrida que o magistrado analisou todas as preliminares trazidas pela defesa, bem como todos os pedidos referentes ao mérito da condenação, apreciando todo o arcabouço probatório, discorrendo sobre a quantidade de droga apreendida, sobre a materialidade incontestada do crime e de sua autoria, declinando às razões com as quais entendeu por caracterizada a conduta imputada ao apelante e, em especial a reincidência do acusado, que foi utilizada para a não aplicação da pena em seu mínimo legal, bem como, a não aplicação do benefício previsto no §4º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do artigo 33 da Lei 11.343/06, pois o referido parágrafo é taxativo ao enumerar em seu rol os pressupostos para concessão do benefício, que será concedido "[...] desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa" (artigo 33, §4º, Lei 11.343/06), o que não é o caso do acusado, já que possui duas condenações com trânsito em julgado.

No que tange à preliminar em questão, o douto Magistrado trouxe à decisão condenatória as razões que o levaram a entender pela aplicabilidade do artigo 57, da Lei nº 11.343/06, não havendo que se falar em nulidade da sentença, quando as teses ventiladas pela defesa foram analisadas e refutadas na decisão recorrida.

Na oportunidade, cumpre ressaltar que ao entender aplicável ao caso concreto o artigo 57, da Lei nº 11.343/06, naturalmente entendeu o Magistrado ser constitucional o dispositivo em questão, de forma de dispensável a expressa manifestação nesse sentido.

O inconformismo com a conclusão a que chegou o magistrado não autoriza o argumento de que a sentença não atendeu à previsão inserta no artigo 93, IX, da Constituição da República, mormente quando resta claro nos fundamentos utilizados pelo o magistrado sentenciante, que ele adotou tese contrária àquelas declinadas pela defesa.

Nesse sentido, ressalto a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Dessa forma, não vislumbro qualquer omissão na r. sentença condenatória, apta a torná-la nula, razão pela qual, rejeito a preliminar.

QUANTO À ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA EM VIRTUDE DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA:

A defesa pleiteou, em sede preliminar, a nulidade da sentença afirmando que "a dosimetria da pena não foi realizada de forma clara, especificamente na primeira fase, não sendo demonstrado o quanto da pena foi aumentado por cada circunstância judicial desfavorável, ou se alguma preponderou sobre a outra" (fls. 160).

No entanto, as alegações defensivas não devem prosperar.

Ao contrário do que alega a defesa do apelante, verifica-se da r. sentença de fls. 138/150, que o douto Magistrado analisou todas as 08 (oito) circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, considerando-as parcialmente desfavoráveis, o que justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

A defesa questiona o quantum de aumento utilizado pelo douto Magistrado em virtude do reconhecimento de algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que, todavia, não enseja a nulidade do r. decism, quando muito a reforma por esta Instância Revisora, se cabível, dada a subjetividade na apreciação pelo julgador.

Assim, ainda que sucintamente, todas as balizas judiciais foram devidamente apreciadas, não justificando a nulidade do r. decism.

Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade da sentença arguida.

QUANTO À ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO EM VIRTUDE DO DESCUMPRIMENTO DE NORMAS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS NO QUE DIZ RESPEITO AO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO:

Ainda em sede de preliminar, alega a defesa do apelante, a nulidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo em virtude do descumprimento de normas legais e constitucionais no que tange ao horário de cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido em desfavor do apelante.

Afirma o combativo defensor que "conforme se observa do documento juntado em folhas 24 dos autos, consistente na decisão que autorizou a realização da busca e apreensão, o protocolo está datado de 08/01/2013, às 17:21 horas, ressaltando que a diligência foi cumprida na zona rural da cidade.

O Boletim de Ocorrência registrado, constante em folhas 28/33, demonstra, nos dados referente à ocorrência, que esta foi gerada entre as 18:00 horas e 22:00 horas, na mesma data da decisão, horário posterior as 18:00 horas, sendo considerado noite.

Assim, diante do exposto, evidenciado fica que o cumprimento do mandado de busca e apreensão se deu após as 18:00 horas, tornando a prova produzida através do procedimento maculada em face do vício" (fls. 161/162).

No entanto, compulsando aos autos, não observo qualquer irregularidade.

Determina o artigo 5º, XI da Constituição da República, bem como o artigo 245, do Código de Processo Penal que em cumprimento à determinação judicial, poderá os agentes do Estado penetrar na residência da pessoa, durante o dia, sendo certo que a doutrina se divide no que tange ao período de tempo compreendido na expressão "dia". Enquanto para alguns dia é o período de tempo que decorre entre as seis horas da manhã às seis horas da tarde, outros, fazendo analogia ao artigo 172, do Código de Processo Civil, entendem que o cumprimento de qualquer diligência por parte dos agentes do Estado poderão ocorrer no período de tempo compreendido entre as seis da manhã e as vinte horas.

No entanto, independente da divergência doutrinária, observo que o Boletim de Ocorrência juntado aos autos às fls. 28/33 noticia o início do cumprimento da diligência às 18h00min, possuindo tal documento fé pública, não existindo nos autos qualquer prova apta a macular a validade do documento em questão.

Ademais, cumpre destacar tratar-se o delito de tráfico de drogas de delito permanente, de forma que lícito o ingresso de policiais a qualquer hora do dia ou da noite a fim de fazer cessar a prática criminosas.

Com tais considerações, rejeito a preliminar.

QUANTO À ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO EM VIRTUDE DO CERCEAMENTO DE DEFESA EM VIRTUDE DA NÃO OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:

Também em sede de preliminar, pugna a defesa pela anulação do processo, desde a realização da audiência de instrução e julgamento, afirmando que ao proceder ao interrogatório do acusado antes da colheita das demais provas na audiência de instrução e julgamento, o magistrado não lhe permitiu adequar suas alegações às provas produzidas contra ele, trazendo enorme prejuízo à defesa, de forma que violado os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Conforme é sabido, o artigo 400 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.719/2008, determina que o interrogatório do réu será o último ato da instrução processual. Já na Lei de Tóxicos, tal como determina o artigo 57, o interrogatório do acusado é o primeiro ato da instrução. Em assim sendo, enquanto que no procedimento comum ordinário, as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunhas serão ouvidas antes do interrogatório, na Lei de Tóxicos, a oitiva das testemunhas ocorrerá após o interrogatório do acusado.

No ponto, entendo que a Lei nº 11.343/06, por ser lei especial, não teve seu procedimento alterado pela Lei nº 11.719/08. Em assim sendo, entendo que no procedimento para apuração de delito de tóxicos, o interrogatório do acusado continua sendo anterior à oitiva das testemunhas.

É de se observar que na Lei nº 11.719/08, não há qualquer menção apta a afastar o que determinado na Lei nº 11.343/06, de modo que deve prevalecer o princípio da especialidade, sendo impossível a derrogação de norma especial por disposição que produz modificação em norma geral mais ampla.

Conforme o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil:

A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

A outro giro, deve-se ter em mente o princípio processual segundo o qual não será declarada nulidade sem que haja demonstração efetiva de prejuízo para qualquer das partes ou para a apuração da verdade real (pas de nullité sans grief), conforme as diretrizes expostas nos artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal.

Em assim sendo, rejeito a preliminar.

MÉRITO:

QUANTO AO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 28, DA LEI Nº 11.343/06:

A defesa pugna, inicialmente, pela absolvição da prática do delito tipificado no artigo 33, da Lei nº 11.343/06 afirmando não existir nos autos provas acerca da prática do tráfico de drogas por parte do apelante.

Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta imputada ao apelante para aquela descrita no artigo 28, da Lei nº 11.343/06.

No entanto, entendo não assistir razão à nobre Defesa, já que no caso dos autos, inúmeros elementos apontam para a prática do tráfico por parte da apelante. Senão vejamos:

O artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, dispõe que "para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente".

O ora apelante, em juízo, nega a prática do delito em questão, assumindo a propriedade da droga encontrada, afirmando, porém, que a mesma destinava-se a seu consumo pessoal (fls. 110/111).

No entanto, a negativa de autoria por parte do apelante se encontra totalmente isolada das demais provas dos autos.

A materialidade delitiva relativa ao tráfico de drogas está consubstanciada no Laudo Toxicológico Preliminar de fls. 22 e no Laudo Toxicológico Definitivo de fls. 82.

A autoria se comprova pela apreensão da droga, mais especificamente, 451,73g (quatrocentos e cinquenta e um gramas e setenta e três centigramas) de maconha, que o apelante tinha em depósito, confirmada pela prova testemunhal produzida, aliada às circunstâncias do fato.

A prisão de Valmir Vitalino se deu em cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido pelo MM. Juiz da comarca de Carmo do Rio Claro após solicitação do Delegado de Polícia local, que concluiu pelas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

investigações até então realizadas, estar o apelante praticando o tráfico de drogas.

Na comunicação de serviço de fls. 34, informou o investigador de polícia Fábio Bernardes F. Santana que:

[...]

Pela presente, informo a V. EX^a que há alguns meses esta inspetoria vem recebendo diversas informações de populares dando conta de que a pessoa do Sr. Walmir Vitalino, residente no bairro rural do Cowtry, neste município, estaria utilizando sua residência para a prática do tráfico de entorpecentes.

Em razão das denúncias foram encetadas várias diligências nas imediações do local no sentido de identificar o modos operandi de Walmir. Na oportunidade esta equipe logrou êxito em constatar visualmente "o entra e sai" de diversos usuários da residência de Walmir [...].

Expedido o mandado de busca e apreensão, logrou êxito a polícia civil em apreender na residência do apelante, quase meio quilo de maconha.

O policial civil Fábio Bernardes Ferreira de Santana, responsável pela prisão da ora apelante, em juízo afirmou que:

[...]

Que ratifica o APF de f.04/05, que lhe foram lidos nesta audiência; que foi a polícia civil que solicitou mandado de busca e apreensão; que a suspeitas eram de que o réu e seus filhos estariam traficando na residência; que ratifica a comunicação de serviço de f.34; que nas oportunidades em que fora realizadas campanas no local, o depoente visualizou intenso entra e sai da residência; que o depoente chegou a se deparar com usuários conhecidos na cidade entrando e saindo da residência; que durante as investigações o depoente recebeu informações de que o réu trabalhava com abelhas, mas tais informações não se materializaram; que salvo engano o réu afirmou que conseguiu a droga em Alfenas, no lugar conhecido por "buraco quente"; que os PMs Robson, Lucas e João Batista participaram do cumprimento da busca e apreensão e conseqüente prisão do réu; [...]

Que nenhum dos freqüentadores foi abordado no local; que alguns deles iam de camionete; que a casa do réu era no fundo e não tinha possibilidade de visualizar seu interior quando das campanas; que acredita que nenhuma pessoa que tenha adquirido droga do réu foi ouvida no inquérito policial; que esclarece o depoente que visualizou pessoas entrando na residência do réu e que tais pessoas eram conhecidas do meio policial por serem usuários de drogas; que não conhece ninguém que tenha adquirido droga do réu; que não sabe dizer se o réu trabalha como mecânico; que durante a busca e apreensão o réu apresentou uma pequena porção ao depoente; que continuando as buscas foi encontrado um tablete de maconha pesando cerca de 500 gramas; que no momento da apreensão o réu falou que a droga era para uso próprio; que tem conhecimento que o réu já foi ao médico durante ao período da prisão mas não sabe para tratar do que; [...] (fls. 113).

No mesmo sentido o depoimento do policial militar Wanderley Vilela Garcia:

[...]

Que confirma seu depoimento prestado perante a autoridade policial de f. 06, que lhe foram lidos nesta audiência; que a polícia militar efetuou trabalho conjunto com a polícia civil; que é do conhecimento do depoente que anteriormente ao cumprimento do mandado de busca havia notícias de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico na residência do réu; que a residência do réu situa-se em local ermo; que a residência do réu é a última do local, acreditando que se trata de via urbana para chegar até ela; que o local é distante da cidade, as margens da represa; que as denúncias recebidas eram no sentido de que a residência era utilizada para tráfico de drogas envolvendo o réu e seus 02 filhos; que em outras ocasiões de denúncias no foram encontradas pessoas suspeitas no local [...] (fls. 114).

As testemunhas Marco Antônio Tenório de Brito - fls. 115, Robson Felipe Mendonça - fls. 116 e Valdeir Venâncio da Silva - fls. 117, não presenciaram os fatos descritos na denúncia, apenas trazendo aos autos informações acerca da profissão do apelante, bem como de seu estado de saúde durante o período em que esteve preso.

A defesa tenta desclassificar a conduta inicialmente imputada ao apelante para aquela descrita no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, afirmando tratar-se o apelante de dependente químico, juntado aos autos depoimento de ex-colegas de cela, afirmando que o mesmo durante o período em que esteve detido, sofreu os efeitos da falta da substância entorpecente, bem como juntando aos autos documentos médicos reportando a dependência química do apelante.

Ocorre que, a possível dependência química do apelante, não o exime de uma condenação pela prática do tráfico de drogas.

Analisando as declarações do apelante durante seu interrogatório às fls. 110/111, observo o mesmo afirmou que adquiriu um quilo de maconha pela quantia de R\$ 1.000,00, tendo o mesmo afirmado ainda que consome cerca de um quilo de maconha por ano. Ora, foge aos padrões um usuário adquirir tamanha quantidade de droga, visando a armazenagem da mesma por um período tão longo de tempo, sendo certo ainda que, tratando-se de um dependente químico, tal como afirmado pela defesa, muito provavelmente não teria o apelante total controle sobre a quantidade de substância entorpecente consumida, podendo-se afirmar que um dependente químico, muito provavelmente, ao adquirir tamanha quantidade de droga, consumiria a mesma, independente da quantidade, em um curto período de tempo.

Pela prova acostada aos autos, forçoso concluir que a apelante comercializava substâncias entorpecentes, não podendo se acolher as teses defensivas de ausência de prova de autoria do delito, bem como de destinar-se a substância entorpecente apreendida a consumo pessoal do apelante.

Ora, a circunstância em que se deu a prisão de Valmir Vitaliano (em cumprimento a mandado de busca e apreensão) e a quantidade de droga apreendida, geram a certeza de que as substâncias entorpecentes apreendidas seriam objeto de comercialização.

Dessa forma, julgando que restou devidamente comprovada a propriedade e destinação mercantil da droga, a conduta perpetrada pelo apelante Valmir Vitaliano caracteriza a prática delitiva capitulada no artigo 33 da Lei nº. 11.343/06, razão pela qual mantenho, no ponto, a r. sentença que o condenou pela prática do delito de tráfico de drogas, desacolhendo as pretensões absolutória e desclassificatória.

QUANTO À PENA APLICADA:

Por fim, no que diz respeito à pena aplicada, pleiteia a defesa do apelante, a reforma da decisão, mais especificamente no que diz respeito à consideração da conduta social do agente como favorável, quando da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise das circunstâncias judiciais, bem como a desconsideração da expressiva quantidade de droga apreendida, como fato a caracterizar a circunstância judicial da circunstância do crime como desfavorável.

No entanto, impossível acolher ao pleito defensivo.

No que diz respeito à circunstância judicial referente à conduta social do agente, observo que o douto Magistrado não a valorou desfavoravelmente, em nada influenciando tal circunstância na fixação na pena base do apelante.

No que tange à circunstância do crime ter sido valorada como desfavorável, em virtude da quantidade de droga, entendo que agiu com acerto o juiz sentenciante, sendo certo que o artigo 42, da Lei nº 11.343/06 determina que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Assim, sem maiores delongas, considerando escorreita a decisão condenatória que condenou o apelante pela prática do delito de tráfico de drogas a pena de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, nego, no ponto, provimento ao recurso.

CONCLUSÃO:

Por estas razões, nego provimento ao recurso (fls. 265/280).

Interposto recurso especial (fls. 283/300), teve seguimento negado (fls. 316/317). Apresentado agravo contra a inadmissão (fls. 335/344), não foi conhecido nesta Corte (fls. 367/370). Apresentado agravo regimental, em consulta ao sistema informatizado desta Corte (AResp 528.010/MG), verifica-se que, à unanimidade, foi negado provimento, tendo sido, inclusive, já baixado à origem em 30/10/2014.

No presente *mandamus*, busca o impetrante "tão-somente, modificar o regime de cumprimento de pena, do fechado para o semiaberto, tendo em vista que a pena é inferior a 08 anos e o único embasamento que o MM. Juiz e o TJ/MG utilizaram foi a reincidência, lembrando que o paciente é REINCENTE NÃO ESPECÍFICO" (fl. 4).

Invoca a súmula n.º 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, liminarmente e no mérito, a modificação do regime inicial de cumprimento de pena do fechado para o semiaberto.

A liminar foi indeferida às fls. 392/394.

Foram prestadas informações às fls. 397/433, 434/459, 460/470, 471/512 e 516/541.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra d Subprocurador-Geral Guilherme Magaldi Netto, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 542/546).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.237 - MG (2014/0345544-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. PACIENTE REINCIDENTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. *In casu*, tratando-se de réu reincidente, é inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal. A reincidência, seja específica ou não - tendo em vista que o legislador ordinário não fez distinção alguma nesse sentido, sendo, por isso, irrelevante -, é circunstância que impede a fixação do regime intermediário aos condenados à pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito).

3. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, seja fixado o regime inicial semiaberto.

Destaco, preliminarmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Cumprе destacar 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, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Diante disso, 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), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

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

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

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

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na hipótese vertente, entretanto entendo ser escorreita a eleição do regime inicial fechado, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

Verifica-se, *in casu*, que o paciente é reincidente, o que torna inviável a fixação do regime semiaberto

Com efeito, dispõe o art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto".

In casu, não se me afigura possível fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, por se tratar, como visto, de réu reincidente (art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal).

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. RÉU REINCIDENTE EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. No caso em apreço, a fixação da pena-base acima do mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para um dos Pacientes, foi suficientemente fundamentada, tendo sido constatado que este possui 5 (cinco) condenações criminais transitadas em julgado, o que confere especial reprovabilidade ao comportamento do agente.

3. Não se comprovando ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, a via do Habeas Corpus não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada aos Pacientes.

4. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reincidente condenado à pena entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos de reclusão e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

5. A substituição da pena reclusiva não se mostra socialmente recomendável à espécie, uma vez que o Paciente já foi condenado por outro crime contra o patrimônio (no caso, roubo). Incidência, na hipótese, do disposto no § 3.º do art. 44 do Código Penal.

6. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 212.778/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 444/STJ. MAJORANTES. AUMENTO DE 5/12. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443/STJ AFASTADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. CONDENADO REINCIDENTE EM QUE FOI APLICADA PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- As instâncias originárias, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, consideraram desfavorável ao paciente apenas o parâmetro referente aos seus antecedentes, em razão de uma ação penal em andamento, o que não autoriza o acréscimo aplicado. Incidência da Súmula n. 444 do STJ.

- Correto o aumento de 5/12 (cinco doze avos) pela incidências das três majorante, uma vez que a exasperação em patamar acima do mínimo legal não decorreu unicamente do número de causas de aumento incidentes, tendo o acórdão recorrido justificado que a majoração se deu em razão das peculiaridades concretas do crime, destacando a maior quantidade de roubadores (três agentes), a ousadia no cometimento do delito e o maior risco gerado às vítimas, que tiveram sua residência invadida e, sob ameaça de uma arma de fogo, foram subjugadas e confinadas, por diversas horas, em pequeno cômodo de sua residência, fatos que autorizam aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificadora no quantum adotado. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- Inexiste constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta, haja vista que se trata de condenado reincidente, cuja pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, unicamente, para fixar a pena-base em seu mínimo legal, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos e 1 (um) mês de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 225.517/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RÉU REINCIDENTE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte, segundo o qual ao réu reincidente e condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 anos de reclusão, deve ser aplicado o regime inicial fechado, para o cumprimento da pena reclusiva.

II. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 181.256/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 23/04/2013)

Destaque-se que a reincidência, seja específica ou não - tendo em vista que o legislador ordinário não fez distinção alguma nesse sentido, sendo, por isso, irrelevante -, é circunstância que impede a fixação do regime intermediário aos condenados à pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito). Nesta senda, *mutatis mutandis*, já fixei:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (1) CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FEITOS EM CURSO. AUSÊNCIA DO DOCUMENTO MENCIONADO PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AFERIÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL IMPOSSIBILIDADE. (3) CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. OCORRÊNCIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. IRRELEVÂNCIA. EFETIVA UTILIZAÇÃO NA SENTENÇA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE QUE SE FAZ IMPERATIVA. (4) COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. (5) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE CONFIGURA ÓBICE À CONCESSÃO DA BENESSE. (6) REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. (7) NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. É inviável divisar, de forma meridiana, a plausibilidade jurídica da alegação de utilização de feitos em curso para exasperar a pena-base, diante da instrução deficiente do mandamus, no qual se deixou de coligar o documento mencionado pelo Juízo de primeira instância para justificar a majoração da pena na primeira fase da dosimetria, o qual é imprescindível à aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido.

3. Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que, ocorrida na fase extrajudicial, haja retratação em juízo, quando o juiz se vale dela para formar seu convencimento.

4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea - que envolve a personalidade do agente - são igualmente preponderantes, razão pela qual devem ser compensadas.

5. É inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto é reincidente. A reincidência, seja específica ou não - tendo em vista que o legislador ordinário não fez distinção alguma nesse sentido, sendo, por isso, irrelevante -, é circunstância que configura óbice à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, que exige, como um dos requisitos para a incidência do benefício da redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a primariedade.

6. Condenado o paciente à pena de 6 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente, não é possível fixar o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0041809.63.2013.8.26.0050 para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 301.693/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)

Tem-se, portanto, que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0345544-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 313.237 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0002062782013 014413000206278 10144130002062001 10144130002062002
144130002062 14413000206278 2062782013

EM MESA

JULGADO: 24/02/2015

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : NICOLAU ACHCAR SANTOS JUNIOR E OUTROS
ADVOGADO : NICOLAU ACHCAR SANTOS JÚNIOR E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : VALMIR VITALIANO (PRESO)

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

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.