



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.508 - SP (2014/0044138-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JEFFERSON KENDY MAKYAMA
ADVOGADO : JEFFERSON KENDY MAKYAMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELCIO ANTONIO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. MOTIVOS DO CRIME VALORADOS NEGATIVAMENTE. LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO 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. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

3. É legítima a exasperação da reprimenda em razão da expressiva quantidade de drogas apreendidas - 773,880 kg de maconha e 1,105 kg de cocaína -, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

4. A mera referência ao "lucro fácil" não constitui motivação idônea e suficiente a ensejar a valoração negativa dos motivos do crime, e, por conseguinte, a majoração da sanção básica, porquanto tal circunstância é inerente ao tipo penal ora violado, a saber, o tráfico de drogas, sendo imprescindível o decote do incremento sancionatório.

5. 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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda final alcançado 6 anos e 2 meses e 20 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *In casu*, o regime inicial fechado foi fixado pelo Magistrado de primeiro grau com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes no *decisum* de primeira instância, complementando a sua motivação, censurável por sua carência, na tentativa de legitimá-la, sob pena de incidir em indevida inovação.

8. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias ordinárias não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

9. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 47.01.2011.010646-0/00-00 (1218/11) para **6 anos e 2 meses e 20 dias de reclusão e 583 dias-multa**, bem como para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

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 do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, 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, 18 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.508 - SP (2014/0044138-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JEFFERSON KENDY MAKYAMA
ADVOGADO : JEFFERSON KENDY MAKYAMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELCIO ANTONIO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ELCIO ANTÔNIO DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0010646-45.2011.8.26.0047).

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, V, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 690 (seiscentos e noventa) dias-multa, porque transportava 773 kg (setecentos e setenta e três quilogramas) de maconha e 1 kg (um quilograma) de cocaína. (fl. 483). Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

A grande quantidade de entorpecente, atrelada à confissão do acusado, evidencia a prática do tráfico de drogas.

Pelo que precede e pelo que demais dos autos consta, a condenado é medida de rigor.

2.1. Restou demonstrada a majorante prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, já que se trata de transporte de entorpecente entre Estados da Federação, já que o réu recebeu o entorpecente no Paraná, o que, aliás, é fato incontroverso.

2.2. O acusado é primário (cf. apenso F.A.).

Entretanto, intensíssima a culpabilidade (reprovabilidade da conduta), pois se dispôs a transportar, para o comércio, mais de setecentos e setenta quilos de entorpecente, capaz de alimentar o vício de inúmeras pessoas. Péssimo o motivo, já que o lucro fácil à custa da saúde pública informou a prática do crime.

Em consequência, fixa-se a base da pena 2/3 acima do mínimo legal.

Em seguida, em virtude da confissão, a reprimenda é diminuída em 1/6.

Na sequência, nos termos do art. 40, inciso V, da Lei no 11.343/2006, a reprimenda é elevada em 1/6, tornando-a definitiva.

Deixo de aplicar a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei no 11.343/2006, pois, como é cediço, a referida causa de diminuição alcança aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de grande quantidade de entorpecentes, com alto poder destrutivo (cf. STJ, HC 174984 AP - 2010/0100185-5, 6ª Turma, Relator o Ministro Og Fernandes, j. em 1º/3/2011, p. em 21/3/2011).

O mesmo critério sobredito é utilizado na fixação da pena de multa.

3. Posto isso, Julgo procedente o pedido acusatório e condeno ELCIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANTONIO DA SILVA, como incurso no art. 33, caput, c.c. o art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, à pena de 6 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 690 dias-multa, no valor unitário mínimo estabelecido no art. 43 da lei especial.

Deverá cumprir a pena privativa de liberdade inicialmente em regime fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Não se concede o direito de recorrer em liberdade, por tratar-se de crime equiparado a hediondo, ademais, tal benefício é incompatível com a repercussão social e a periculosidade inerente ao delito, recomendando-o na prisão em que se encontra, mormente se for considerado que o réu não possui vínculo com o distrito da culpa, devendo-se, portanto, assegurar a aplicação da lei penal, evitando-se a possibilidade da fuga.

Sendo incontroverso, em virtude da prova produzida sob o crivo do contraditório, que o acusado fez uso, na prática do crime, de veículo automotor, resta patenteado o nexo etiológico entre o delito e o automóvel, justificando-se a sua perda em favor da União (artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal), o que ora é decretado (cf. fls. 60/63).

Carreio ao acusado o pagamento das custas, nos termos do art. 4º, § 9º, alínea a, da Lei Estadual nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003 (fls. 34/36).

O *Parquet* estadual opôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos para sanar erro material, *in verbis*:

Acolho os embargos de fls. 347/348 e, a fim de sanar erro material de digitação e de cálculo matemático em relação à pena privativa de liberdade e de multa, o dispositivo da sentença de fls. 65/67, passa ter a seguinte redação:

JULGO PROCEDENTE o pedido acusatório e condeno ELCIO ANTONIO DA SILVA, como incurso no art. 33, caput, c.c. o art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, à pena de 8 anos, 1 mês e 6 dias de reclusão e pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo estabelecido no art. 43 da lei especial.

Deverá cumprir a pena privativa de liberdade inicialmente em regime fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (fl. 390).

Inconformada, apelou a Defesa, pleiteando a redução da pena, bem como a fixação de regime prisional mais brando e substituição da pena corporal por sanções alternativas. O recurso foi parcialmente provido, consoante a seguinte fundamentação:

O réu confessou na polícia e em juízo (fls. 9 e 115).

Admitiu que foi contratado para transportar a "maconha" do Paraná para São Paulo.

Afirmou que não sabia que havia "cocaína" nos pacotes, mas isso é irrelevante, pois apenas a erva bastaria para configurar e tipificar o crime.

Um policial rodoviário confirmou a apreensão da droga (fls. 117).

As três testemunhas de defesa limitaram-se a afirmar bons antecedentes do réu, nada informando sobre os fatos que originaram o processo crime (fls. 118, 119 e 120).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A prova pericial confirmou que se tratava de "maconha" e "cocaína".

Assim sendo, restando indiscutível que o réu saiu do Paraná carregando as drogas para este Estado, bem tipificado o crime do artigo 33, "caput", c.c. o artigo 40, V, da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Cabe entretanto, "data maxima venia" do douto sentenciante, ligeira retificação do cálculo da pena.

Muito embora me pareça pouco admissível a afirmativa de que o lucro fácil seria justa causa para influir na fixação da pena-base, por ser evidente e intuitivo que se trata de circunstância que integra o tipo penal tráfico de drogas, a enorme quantidade de drogas autorizava o rigor usado na sentença.

Mantenho assim a fixação da pena-base 2/3 (dois terços) acima do mínimo legal, ou seja, 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 833 (oitocentos e trinta e três) dias-multa.

Entretanto, penso que a redução decorrente da atenuante da confissão deva ficar em 1/3 (um terço), por se tratar de confissão das mais relevantes e incriminadora.

Com isso, a pena alcança 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa.

Finalmente, por se tratar de tráfico interestadual (artigo 40, V, da Lei de Drogas), tem lugar aumento de 1/6 (um sexto), com o que se alcança a pena final de 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa.

O regime inicial fechado foi o acertado, diante da enorme quantidade de drogas apreendidas, o que torna inquestionável o envolvimento do réu com o tráfico organizado, circunstância que reclama rigor no início da execução. Além disso, trata-se de crime equiparado a hediondo.

Esses motivos impedem também que se admita a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Cancelo ainda a condenação em custas processuais, porque se trata de sanção penal, que não pode ser prevista em lei estadual, por se tratar de matéria da competência exclusiva da União.

Diante de todo o exposto, dou provimento parcial ao apelo do réu Élcio Antônio da Silva para reduzir a sua pena para 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão (regime inicial fechado) e 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa (valor unitário mínimo) e cancelar a condenação em custas processuais. Comunique-se (fls. 490/493).

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos tão somente para declarar que ficou cancelada a perda do caminhão usado pelo réu.

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante alega que há constrangimento ilegal na dosimetria da pena realizada nas instâncias ordinárias.

Assim, afirma que o juízo de primeiro grau considerou desfavoráveis a culpabilidade, em razão da quantidade de entorpecente, e o lucro fácil como motivação da conduta, aumentando a pena em 2/3 acima do mínimo legal.

Diante disso, afirma que a quantidade de entorpecente é circunstância que agrava a pena, não podendo o juiz dela se valer para também valorar a culpabilidade. Acrescenta que a plena consciência da ilicitude do fato não conduz ao aumento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao lucro fácil, destaca que tal circunstância é inerente ao tipo penal do crime de tráfico de drogas, não podendo o aumento da pena-base fundar-se neste elemento.

No que se refere ao regime prisional, afirma que ao julgar o recurso de apelação, o Colegiado Estadual inseriu novos argumentos, não previstos na sentença, para justificar a imposição de regime mais severo, inovando na fundamentação em recurso interposto apenas pela Defesa.

Salienta que a sentença condenatória não justificou adequadamente a fixação do regime fechado, pautando-se, unicamente, na hediondez do delito, em clara afronta ao entendimento dominante nas Cortes Superiores.

Refere que a vedação legal do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 não mais subsiste, em face da sua inconstitucionalidade, reconhecida no Supremo Tribunal Federal.

Transcreve diversos precedentes a fim de embasar sua tese.

Ressalta serem favoráveis as condições subjetivas do paciente.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da pena-base e modificação do regime prisional mais gravoso para o intermediário.

A liminar foi indeferida às fls. 529/532.

Foram prestadas as informações às fls. 353/540, 543/557 e 560/673.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Mario José Gisi, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 674/680).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.508 - SP (2014/0044138-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. MOTIVOS DO CRIME VALORADOS NEGATIVAMENTE. LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO 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. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

3. É legítima a exasperação da reprimenda em razão da expressiva quantidade de drogas apreendidas - 773,880 kg de maconha e 1,105 kg de cocaína -, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

4. A mera referência ao "lucro fácil" não constitui motivação idônea e suficiente a ensejar a valoração negativa dos motivos do crime, e, por conseguinte, a majoração da sanção básica, porquanto tal circunstância é inerente ao tipo penal ora violado, a saber, o tráfico de drogas, sendo imprescindível o decote do incremento sancionatório.

5. 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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos e 2 meses e 20 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *In casu*, o regime inicial fechado foi fixado pelo Magistrado de primeiro grau com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes no *decisum* de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeira instância, complementando a sua motivação, censurável por sua carência, na tentativa de legitimá-la, sob pena de incidir em indevida inovação.

8. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias ordinárias não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

9. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 47.01.2011.010646-0/00-00 (1218/11) para **6 anos e 2 meses e 20 dias de reclusão e 583 dias-multa**, bem como para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Ab initio, registre-se a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Cumprе destacar que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada.

(HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA.

AGRAVANTE.

REINCIDÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados.

(HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Assim, não obstante se admita a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente mandamus tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o habeas corpus presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012)

Na espécie, verifica-se que a pena-base do paciente foi majorada em 3 anos e 4 meses em razão da valoração negativa dos motivos, bem como diante da expressiva quantidade das drogas apreendidas - 773,880 kg de maconha e 1,105 kg de cocaína (fls. 48/49).

Mister salientar, inicialmente, que é legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade da droga. Com efeito, o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 determina 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".

Todavia, constata-se que com relação à circunstância relativa aos motivos do delito não foram arrolados elementos concretos. É que a mera referência ao "lucro fácil" (fls. 34) não constitui motivação idônea e suficiente a ensejar a valoração negativa dos motivos do crime e, por conseguinte, a majoração da sanção básica, porquanto tal circunstância é inerente ao tipo penal ora violado, a saber, o tráfico de drogas. Nesse sentido, alguns julgados deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO CONCEDIDA NA ORIGEM. PREJUDICADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime ou com fundamento em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

3. A mera alegação de que o paciente guardava a droga em sua própria residência, sem a indicação de qualquer elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, não autoriza concluir-se pela desfavorabilidade da circunstância judicial da culpabilidade.

4. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. (Incidência da Súmula n. 444/STJ).

5. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.

6. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo, bem como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis do crime.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 3 anos de reclusão e pagamento de 50 dias-multa. Prejudicado o pedido de progressão de regime, pela perda de objeto.

(HC

61.007/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 399, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL). INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVOS DO CRIME: BUSCA DO LUCRO FÁCIL. CRITÉRIO CONTIDO NO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO: SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGAS (04 KG DE COCAÍNA). VALORAÇÃO NEGATIVA IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. INCONGRUÊNCIA DA SENTENÇA E REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA PROMOVIDA PELO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. NULIDADE CARACTERIZADA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRESENTE DE REQUISITO DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO MAIS, PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, ex vi do art.

399, § 2.º, do Código de Processo Penal, deve ser analisado à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o art. 3.º da Lei Processo Penal. A promoção do Magistrado que instruiu o feito é uma das hipóteses que excepciona o indigitado princípio, como ocorreu in casu.

2. O crime de tráfico ilícito de drogas vincula-se, em regra, à prática de atos mercantis como se extrai de alguns núcleos do tipo do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 (v.g., "importar", "exportar", "vender", "expor à venda", "oferecer", "ter em depósito"). Daí porque incabível utilizar a busca do lucro fácil como critério de exasperação da pena-base dessa espécie delitiva.

3. Não comporta reparos a valoração negativa das consequências do crime em razão da significativa quantidade de substância entorpecente apreendida - 04 (quatro) kg de cocaína.

4. Na primeira fase da dosimetria da pena, o Réu foi considerado primário; todavia, em seguida, o Juízo singular não aplicou a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, considerando os antecedentes do agente. Em recurso exclusivo da defesa (apelação), a Corte a quo manteve a condenação reportando-se aos fundamentos anteriormente utilizados no julgado de habeas corpus. No writ originário, negou-se a aplicação da sobredita causa de redução de pena porque as informações remetidas pela Autoridade judicial indicaram que o Apenado respondia a outro processo pelo mesmo crime. Tais fatos, no entanto, não constavam da sentença condenatória.

5. Caracterizada a incongruência do édito condenatório e a flagrante afronta ao princípio da ne reformatio in pejus indireta, cometida pelo acórdão combatido, impõe-se o reconhecimento da nulidade da condenação para que a dosimetria da pena seja renovada pelo Juízo de primeiro grau.

6. O Tribunal a quo não analisou a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, o que impossibilita tal exame por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

7. A negativa do direito de recorrer em liberdade, no caso concreto, encontra amparo em dois motivos: (i) "não há lógica em permitir que o réu, preso [...] durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08) e (ii) o Paciente responde a outra ação penal pelo mesmo crime, o que denota o risco concreto de reiteração delitiva e autoriza a manutenção da constrição cautelar, como forma de garantir a ordem pública.

8. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida tão-somente para declarar a nulidade da dosimetria da pena, a qual, por consequência, deve ser renovada pelo Juízo de primeiro grau consoante os parâmetros explicitados neste julgado.

(HC 243.252/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 19/12/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO NOS TERMOS DO ART. 600, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS DEVIDAMENTE INTIMADO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DO PRAZO RECURSAL A OUTRO DEFENSOR QUANDO JÁ CONSUMADA A PRECLUSÃO TEMPORAL. 2. DOSIMETRIA REALIZADA DE FORMA EQUIVOCADA. VALORAÇÃO DA CULPABILIDADE CONSTANTE NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL DE TRÁFICO. PATENTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 3. AGRAVO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

1. É facultado à parte interpor o recurso de apelação com a apresentação das razões recursais perante o Tribunal de Justiça, conforme disposição do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Inexiste nulidade, se o advogado constituído do réu, a despeito de regularmente intimado pela imprensa oficial, permanece inerte e não apresenta as razões de apelação.

2. O substabelecimento a novo advogado, após o transcurso do prazo para a apresentação das razões do recurso de apelação, não impõe a reabertura do lapso para o protocolo da peça processual e nem obriga à intimação do novo causídico para fazê-lo, haja vista a ocorrência de preclusão lógica (perda de uma faculdade processual), recebendo o defensor o processo no estado em que se encontra. A inércia do advogado constituído pelo réu, que perde o prazo para a apresentação das razões recursais, não é causa de suspensão ou interrupção de prazos.

3. A reabertura de prazo recursal para advogado constituído após a perda do lapso recursal pelo causídico anterior viola os princípios da celeridade processual, da segurança jurídica, da razoabilidade, da lealdade processual e da boa-fé objetiva, por permitir manobras ardilosas objetivando a reabertura de prazo recursal diante da inércia da defesa dentro do prazo previsto em lei.

4. Patente ilegalidade constante na dosimetria da pena, haja vista a culpabilidade ter sido valorada com base no conceito analítico de crime, bem como em razão de os motivos - lucro fácil - e as consequências - prejuízo à saúde pública - serem inerentes ao tipo penal de tráfico de drogas. Possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício, com extensão da ordem ao corréu, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Concessão de habeas corpus de ofício, para redimensionar a pena do agravante para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, com extensão da ordem ao corréu Jaime Andrade Carvalho, cuja pena vai definida em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(AgRg no Ag 1319158/TO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Imprescindível, portanto, o decote do incremento sancionatório de 3 anos e 4 meses para 3 anos de reclusão.

Dessarte, fixo a pena-base em 8 anos de reclusão, mais 600 dias-multa. Na segunda fase da dosimetria, reduzo a pena em 1/3, diante da incidência da atenuante da confissão espontânea, o que perfaz 5 anos e 4 meses, e 500 dias-multa. Aumento-a, por fim, em 1/6, pela incidência da causa especial de aumento de pena prevista art. 40, inciso V, da Lei de Drogas, tornando a reprimenda definitiva em **6 anos e 2 meses e 20 dias de reclusão e 583 dias-multa**.

No mais, mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 – quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – prevista no artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – foram superadas 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 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)

Dessarte, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

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

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

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

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

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei 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, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Constata-se, entretanto, que não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A título ilustrativo, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. Se a pena-base imposta ao paciente já foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, falta interesse de agir à impetrante no tocante ao pedido de redução da pena-base ao piso previsto em lei.

2. Não há que se falar em substituição da pena, pois, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, somente faz jus a esse benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o que não se verificou no presente caso.

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC 186.978/ES, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 11/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, inexiste, agora, qualquer empecilho legal quanto à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que acusado atenda os requisitos legais.

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

3. Não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delineadores do crime de tráfico de entorpecentes, não podem servir de fundamento na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vez que já considerados na escala da pena prevista em lei.

5. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente Andréia de Paula Melo.

(HC 53.397/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 279)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, entretanto, assiste razão à impetrante. Com efeito, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado pelo Magistrado de primeiro grau, exclusivamente, com base na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Consoante esposado alhures, tal questão foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

O Tribunal de origem, por sua vez, destacou que "o regime inicial fechado foi o acertado, diante da enorme quantidade de drogas apreendidas, o que torna inquestionável o envolvimento do réu com o tráfico organizado, circunstância que reclama rigor no início da execução" (fl. 492).

Entretanto, da leitura do édito condenatório, constata-se que essa circunstância não comparece como motivo para a determinação do regime mais gravoso.

Com efeito, não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes no *decisum* de primeira instância, complementando a sua motivação, censurável por sua carência, na tentativa de legitimá-la, sob pena de incidir em indevida inovação. Assim, deve ser afastado o trecho do acórdão que procede a acréscimo de fundamentos à decisão de primeiro grau. Na mesma senda, *mutatis mutandis*, já fixei:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRÉVIO MANDAMUS DENEGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE GENÉRICA DO CRIME. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. INSERÇÃO PELO TRIBUNAL DE FUNDAMENTOS NÃO PRESENTES NO DECISUM. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. CONFIRMADA A LIMINAR DEFERIDA.

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. No presente mandamus, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

3. In casu, existe manifesta ilegalidade pois a custódia provisória não se justifica ante a fundamentação inidônea, pautando-se apenas na gravidade abstrata dos delitos, estando ausentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

4. Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. Confirmada a liminar anteriormente deferida.

(HC 253.991/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 29/08/2013, DJe 12/09/2013)

Ante o exposto, **não conheço** do writ. **Concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 47.01.2011.010646-0/00-00 (1218/11) para **6 anos e 2 meses e 20 dias de reclusão e 583 dias-multa**, bem como para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0044138-0

HC 289.508 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00106464520118260047 0470120110106460 106464520118260047 12182011
470120110106460

EM MESA

JULGADO: 18/11/2014

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. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JEFFERSON KENDY MAKYAMA
ADVOGADO : JEFFERSON KENDY MAKYAMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELCIO ANTONIO DA SILVA (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 do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, 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.