



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.464 - RO (2015/0109759-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JOSÉ TEIXEIRA VILELA NETO
ADVOGADO : JOSÉ TEIXEIRA VILELA NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
PACIENTE : DEIVISSON RAMON PEREZ DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. 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. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a significativa quantidade de drogas - 91,895 kg de maconha (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.
3. Não configura *bis in idem* a utilização do vetor natureza/quantidade da droga no momento da dosimetria e para impor o regime inicial fechado, porquanto é cabível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na individualização da pena, gerando efeitos diversos.
4. *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 do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 02 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.464 - RO (2015/0109759-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JOSÉ TEIXEIRA VILELA NETO
ADVOGADO : JOSÉ TEIXEIRA VILELA NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
PACIENTE : DEIVISSON RAMON PEREZ DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de DEIVISSON RAMON PEREZ DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (Apelação Criminal n.º 0002946-20.2014.822.0501).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...)

ANTE O EXPOSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido contido na denúncia de fls. 03-05, em consequência, CONDENO o acusado DEIVISSON RAMON PEREZ DA SILVA, como incurso no crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas), e ABSOLVO o denunciado GUILHERME HENRIQUE AZEVEDO LIMA, que faço com fundamento no art. 386, V, do CPP.

Passo a dosimetria da pena com relação ao acusado DEIVISSON RAMON PEREZ DA SILVA.

Tem 21 anos, solteiro, estudante, estava trabalhando a época dos fatos. Não registra antecedentes criminais.

Assim, considerando as circunstâncias judiciais ditadas pelo artigo 59 e 68 do Código Penal, atendendo à culpabilidade (plena consciência da ilicitude do seu ato); aos antecedentes (favoráveis); à conduta social (favorável, pois não há maiores informações de que se dedica à prática de atividade criminosa); aos motivos (voltados pela ganância de obter lucro fácil e imediato); às circunstâncias (desfavoráveis); personalidade (favoráveis, pois não há maiores informações nos autos que denotam desvio de personalidade); consequências do crime (as piores em razão dos efeitos nefastos causados pela droga); comportamento da vítima (a vítima - a sociedade - não incentivou nem contribuiu para a prática do crime, contrariamente, exige pronta e exemplar punição).

E mais, atento ao disposto no art. 42 da Lei Antidrogas, que dispõe que a natureza e a quantidade da substância entorpecente devem influenciar na fixação da pena, no caso, **foi apreendido aproximadamente 94 Kg** (noventa e quatro quilos) de MACONHA, fixo-lhe a pena base em 10 (dez) anos de reclusão e pagamento de 900 (novecentos) dias-multa.

Há duas circunstâncias atenuantes (confissão espontânea e menoridade relativa), razão pela qual, reduzo a pena em 02 (dois) anos de reclusão e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

200 dias-multa, passando a dosá-la nesta segunda fase em 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Não há circunstâncias agravantes.

Embora o réu seja primário, **a grande quantidade de substância entorpecente destinada ao tráfico** impede a aplicação da causa especial de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, mormente porque, **aliada a outras circunstâncias, como o destino da droga, local e forma de acondicionamento, atesta que o agente se dedica a atividades criminosas, onde há existência, de fornecedores, transportadores, guardadores, distribuidores e demais envolvidos, condição impeditiva da concessão do benefício.**

Assim, na falta de outras causas modificadoras, torno apenas definitiva em 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa. Fixo o valor do dia-multa no mínimo legal, ou seja, em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo atual, que de liquidada, perfaz o total de R\$ 16.893,33 (dezesesseis mil oitocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos), este ser pago em até 10 (dez) dias do trânsito em julgado da decisão, a teor dos artigos 49 e 50, do CP.

O condenado deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, com fundamento no art. 33, § 3º, do CP, pois que as circunstâncias do art. 59, CP, assim o determinam, especialmente quanto à culpabilidade que demonstra-se acentuada em razão da prática de crime equiparado a hediondo, cuja reprovabilidade é exacerbada em relação aos crimes comuns.

Igualmente inviável, a substituição ou suspensão da pena, em razão da natureza do crime e também em razão da quantidade da droga relacionada aos réus, indicativo de que aquelas medidas não são socialmente recomendáveis, bem como porque a conduta social, culpabilidade, personalidade e motivos para a prática do crime, indicam que a substituição não é suficiente, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Recomendo o acusado Deivisson Ramon Perez da Silva na prisão onde se encontra, pois nesta condição fora processado e continuam presentes os pressupostos e fundamentos que ensejaram a manutenção da prisão em flagrante e sua conversão em preventiva.

Com relação ao acusado Guilherme Hnerique Azevedo Lima, expeça-se alvará de soltura, devendo ser posto imediatamente em liberdade, se por outro motivo não tiver que permanecer preso.

Isento o réu das custas processuais, porém, sai intimado para o pagamento da multa, que deverá ser feito também em 10 dias do trânsito em julgado, sob pena de inscrição em dívida ativa.

Decreto, com fundamento art. 243, parágrafo único da Constituição Federal e art. 63, da Lei nº 11.343/06, a perda dos bens não restituídos e apreendidos com os acusados, em favor do Estado, cuja destinação será feita oportunamente.

Determino a incineração da substância entorpecente apreendida, se ainda não realizada.

Certificado o trânsito em julgado desta decisão ou do eventual recurso que a confirme, promovam-se as anotações e comunicações de praxe, inclusive ao eg. TRE-RO, arquivando-se os autos oportunamente.

Porto Velho-RO, sexta-feira, 26 de setembro de 2014 (fls. 110/113) (grifou-se).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação objetivando: a) a diminuição da pena base; b) aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006; e c) a modificação do regime de cumprimento de pena para o semiaberto. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo, em acórdão assim fundamentado:, no ponto objeto de irresignação do presente *writ*:

Do regime de cumprimento da pena

Conquanto a defesa pleiteia a modificação do regime, irretocável o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

O réu foi condenado à pena de 8 anos de reclusão, o que aliado a **enorme quantidade de droga apreendida, mais de 91,895 Kg**, autoriza a fixação do regime mais gravoso, nos moldes do art. 33, § 2º, e § 3º do CP.

Quanto ao prequestionamento dos dispositivos legais suscitados, faz-se desnecessária nova menção porquanto foram objeto de análise no corpo deste acórdão. Logo, nada tenho a reparar.

DIANTE DO EXPOSTO, nego provimento ao recurso defensivo e mantenho integralmente os termos da sentença condenatória (fl. 117) (grifou-se).

No presente *mandamus*, alega o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente da não aplicação do regime semiaberto ao caso.

Sustenta que o simples fato de se tratar de delito equiparado a hediondo não seria suficiente para conferir esteio à fixação do regime inicialmente fechado, eis que o Supremo Tribunal Federal já superou o entendimento nesse sentido.

Alega que a quantidade de droga encontrada em poder do paciente refere-se à circunstância já valorada na exasperação da pena base e na negativa de aplicação do § 4º do art. 33 da lei 11.343/2006, de maneira que não poderia ser utilizada uma vez mais na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, sob pena de ocorrência do que denomina "três in idem".

Reclama a aplicação dos artigos 33 e 59 do Código Penal, asseverando a presença dos requisitos que autorizariam o início do cumprimento da reprimenda pelo apenado em regime menos gravoso, qual seja, o semiaberto. Ressalta a existência de condições judiciais favoráveis ao paciente.

Ao final, requer seja concedida a ordem para o regime inicial de cumprimento de pena do paciente seja alterado do fechado para o semiaberto.

Estes autos foram distribuídos por prevenção do HC n.º 293.728/RO, impetrado em favor do ora paciente almejando a revogação da prisão preventiva, à época decretada, e, subsidiariamente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Negou-se seguimento ao remédio heróico com arrimo no verbete sumular nº 691 deste Sodalício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foram prestadas informações às fls. 129/153.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Franklin Rodrigues da Costa, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 157/159).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.464 - RO (2015/0109759-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. 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. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a significativa quantidade de drogas - 91,895 kg de maconha (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.
3. Não configura *bis in idem* a utilização do vetor natureza/quantidade da droga no momento da dosimetria e para impor o regime inicial fechado, porquanto é cabível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na individualização da pena, gerando efeitos diversos.
4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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 nº 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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, verifica-se que regime inicial fechado foi fixado pelo Juízo de primeira instância com base, exclusivamente, na hediondez do crime de tráfico de drogas, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores, tendo em vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

O Tribunal de Justiça Estadual, por sua vez, ao analisar o tema, manteve o regime inicial fechado não em razão da natureza do delito, mas em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - 91,895 kg de maconha (fl. 13).

Cumpre esclarecer que me filio ao posicionamento de que não é dado ao Tribunal, em recurso exclusivo do réu, reexaminar as circunstâncias judiciais, eis que a referida prática violaria o princípio do *ne reformatio in pejus*. Isso porque a Corte estadual deveria, tão somente, apreciar a legalidade dos fundamentos da sentença e não criar nova análise que possa trazer prejuízo à situação do condenado.

Nesta senda, em recurso exclusivamente defensivo, não seria possível ao Tribunal modificar o entendimento do Juízo singular em prejuízo do réu, ainda que o resultado final não seja mais gravoso que o prolatado em primeiro grau de jurisdição.

Entretanto, considerando os recentes julgados da Sexta Turma, nos quais fiquei vencida, juntamente com o Ministro Sebastião Reis Júnior, penso ser o caso de ressaltar o meu entendimento, tendo em vista, inclusive, o julgamento do HC n.º 304.886/SP, ocorrido na sessão de 24.2.2015, ainda pendente de publicação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Eis o teor da ementa:

HABEAS CORPUS. ROUBO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa** –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito** – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo – melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

No mesmo sentido decidiu a Sexta Turma nos autos do HC n.º 254.070/SP e do HC n.º 275.110/SP, ambos de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.

Desse modo, embora ainda comungue da compreensão inicialmente explanada, curvo-me ao recente entendimento do Colegiado.

Nessa esteira de intelecção, entende-se que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar sobre a dosimetria, a examinar as circunstâncias judiciais e rever todos os aspectos da individualização da pena deliberados no édito condenatório, seja para manter ou reduzir a sanção imposta em primeira instância.

Assim, considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal *a quo*, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravada a situação do réu, tal como no caso em testilha, em que o Colegiado estadual manteve o regime inicial fechado, em razão da grande quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 91,895 kg de maconha (fl. 10).

Com efeito, o art. 42 da Lei Antidrogas 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".

Assim, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PENAL MAIS GRAVOSO E PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 4 anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

2. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a natureza e quantidade da droga apreendida (15 porções de cocaína), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1462967/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 20/02/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS. CRIME COMETIDO EM LOCAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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 imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz "na fixação das penas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. Não há constrangimento ilegal na imposição do regime inicial semiaberto e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista a gravidade concreto do delito, evidenciada pela natureza e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - maconha e crack (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) -, bem como pelo fato de o crime ter sido cometido em local de grande circulação de crianças e adolescentes.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 290.199/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA, SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Os Tribunais Superiores assentaram que o uso do remédio heroico se restringe a sanar ato ilegal de autoridade, que deve ser cessado de imediato, inadmitido seu uso indiscriminado como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais.

2. No que diz respeito à fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observo que as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal não foram todas favoráveis. Assim, não obstante a pena tenha sido fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autorizam a adoção do regime mais gravoso.

3. De acordo com o entendimento pacificado nesta Egrégia Corte Superior, a matéria objeto de irresignação não pode vir a ser suscitada apenas no writ aqui manejado, fazendo-se necessário o prévio exame da instância ordinária, sob pena de incorrer em supressão de instância.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 226.426/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 27/08/2014)

Outrossim, ao contrário do que sustenta o impetrante, não há falar em tripla utilização da quantidade da droga, o que, a seu ver, ensejaria a ilegalidade do regime inicial fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, inicialmente, não há falar em *bis in idem* quando da dosimetria, haja vista que a pena-base foi exasperada em razão da quantidade da droga e a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por ter o Magistrado de primeira instância concluído que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não só com base na quantidade dos entorpecentes apreendidos, mas com fulcro em tal elemento aliado "a outras circunstâncias, como o destino da droga, local e forma de acondicionamento, (...) existência, de fornecedores, transportadores, guardadores, distribuidores e demais envolvidos" (fl. 111), fundamentos diversos, pois.

Ademais, não há que se cogitar de violação ao referido princípio em razão da utilização da quantidade de drogas para fixar a pena-base e para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena.

Com efeito, ao que cuido, mostra-se adequado retomar às circunstâncias judiciais como critério para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, porquanto o art. 59 do Código Penal preconiza que "o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...) o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade".

De mais a mais, o próprio art. 42 da Lei de Entorpecentes, de forma expressa, indica e impõe o binômio natureza/quantidade da substância entorpecente apreendida como baliza para a individualização das penas.

Ainda que esse vetor (natureza/quantidade) seja adotado para incrementar a sanção básica, não há que se falar em violação ao princípio do *ne bis in idem*, haja vista que gerará efeitos diversos em fases distintas da individualização da pena. O que ocorre é a utilização de um mesmo parâmetro de referência, em momentos distintos e com finalidades diversas, visando à fixação de reprimenda proporcionalmente suficiente à reprovação e prevenção do delito, diante das circunstâncias em que perpetrado.

Desse modo, é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em momentos distintos na individualização da pena, gerando efeitos diversos.

Não ocorreu, pois, na espécie, a tripla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade, tal como defende o impetrante.

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: 2015/0109759-2

HC 323.464 / RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029462020148220501 0142014 142014 29462020148220501

EM MESA

JULGADO: 02/06/2015

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. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOSÉ TEIXEIRA VILELA NETO
ADVOGADO	: JOSÉ TEIXEIRA VILELA NETO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
PACIENTE	: DEIVISSON RAMON PEREZ DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: GUILHERME HENRIQUE AZEVEDO LIMA
CORRÉU	: EDUARDO BORGES

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

CERTIDÃO

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

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

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.