



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.993 - MS (2016/0102349-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCIO MESSIAS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MÁRCIO MESSIAS DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : DIEGO FERNANDES SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. 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 quantidade da droga apreendida - 573kg 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 para exasperar a pena-base 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, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.993 - MS (2016/0102349-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCIO MESSIAS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MÁRCIO MESSIAS DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : DIEGO FERNANDES SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DIEGO FERNANDES SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação nº 0000971-14.2015.8.12.0013).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e no art. 180 do Código Penal, à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, e 943 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao defensivo para absolver o paciente do crime de receptação, bem como reduzir a reprimenda relativa ao tráfico para 6 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 667 dias-multa. Colhe-se do acórdão (fls. 179/200):

Insurge-se a defesa de Diego Fernandes contra a fixação da pena-base do crime de tráfico ao argumento de desproporcionalidade e insuficiência de fundamentação.

Também, com razão.

A pena-base foi elevada em desacordo com a motivação, como transcrito alhures, resultando, na primeira fase, no dobro da mínima prevista, ou seja, 10 (dez) anos de reclusão.

Extrai-se dos fundamentos esposados que restaram prejudicial ao apelante as circunstâncias, os motivos e conseqüências do crime.

Entrementes, entendo que os motivos e as conseqüências do crime estão fundados em elementos ínsitos ao tipo penal, sendo aquilo já esperado quanto à sua prática ou pretendido com a proteção do bem jurídico.

(...)

Por outro lado, valorou corretamente a quantidade de drogas nas circunstâncias do crime (573 quilos de maconha), valendo-se, inclusive do art. 42 da Lei de Drogas.

Assim, das oito circunstâncias judiciais, uma deve ser mantida em prejuízo do apelante, quantificando-a de acordo com sua expressividade na conduta perpetrada.

Por essas considerações, reduzo proporcionalmente a pena-base fixada a Diego Fernandes Silva ao crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, para 8 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa.

(...)

Assim, demonstrado nos autos que os apelantes dedicavam-se,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conjuntamente, à atividade criminosa, não lhes cabe o benefício contido no §4.º, do art. 33 da Lei de Drogas.

Nesse diapasão, a análise da hediondez resta prejudicada, salientando-se, ademais, a adoção da orientação da súmula n.º 512 do STJ (A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas).

Reclamam, também, quanto ao regime determinado para o cumprimento da pena.

Ressalte-se, uma vez mais, não haver óbice à imposição de regime mais brando aos condenados por crimes hediondos ou equiparados (art. 2.º, §1.º, da Lei 8.072/90), atendo-se apenas à regra geral disposta no Código Penal para individualizar a pena.

No caso dos autos, entretantes, é incabível a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, considerada a desfavorabilidade extremada de circunstância judicial, nos termos do §3.º do art. 59 do CPP.

(...)

Assim, conclui-se que o regime fixado na sentença está de acordo com as disposições legais e peculiaridades do caso, sobretudo em razão da expressiva quantidade de droga apreendida - 573 kg de maconha - considerada como circunstância judicial prejudicial aos apelantes

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos para corrigir erro material, sem alteração na reprimenda final (fls. 224/227):

(...)

Observando o voto condutor, ora censurado, verifica-se que redução da pena correspondente às atenuantes (confissão e menoridade) incidentes na dosimetria apresentada na sentença primeva foram respeitadas em seu quantum.

(...)

Como visto, não houve desrespeito ao direito reconhecido ao embargante, até porque não houve expresse pedido de alteração do percentual redutor relativo às atenuantes.

Neste contexto, a aplicação da fração de 1/6 (um sexto à pena intermediária) mostra-se adequada e proporcional, não havendo fundamento para sustentar a elevação desse patamar de ofício.

Portanto, não há omissão na decisão diante do mero ajuste da pena.

Assim, muito embora não esteja consignado textualmente no acórdão - por erro material - foi respeitada a atenuante já reconhecida na sentença, juntamente com a confissão, em decorrência da redutora correspondente mantida na dosimetria.

À vista destas considerações, conheço dos embargos de declaração opostos por Roberson Danilo Cohene e os acolho para apenas corrigir erro material, mantendo-se a reprimenda final inalterada. Decisão contra o parecer.

A Defesa, então, interpôs recurso especial, que teve o seguimento negado (fls. 201/205).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí este *writ*, em que o impetrante insurge-se contra a fixação do regime prisional fechado. Alega, inicialmente, não haver óbice à concessão de regime prisional mais brando aos condenados por crimes hediondos ou equiparados. Entende que deve ser observado o art. 33 do Código Penal.

Aduz que *"buscar amparo na quantidade de entorpecentes apreendidos para criar óbice ao cumprimento da pena em regime inicial menos gravoso, é totalmente desproporcional, injusto, pois não leva em consideração as condições subjetivas do paciente, muito menos a quantidade de pena definitiva aplicada (menor que 8 anos)"*.

Assevera que a quantidade de droga foi utilizada para negar a aplicação da minorante e para fixar o regime prisional mais gravoso, o que configura *bis in idem*. Ressalta que a sanção é inferior a 8 anos e o paciente é primário, sem maus antecedentes, além de se tratar de delito cometido sem violência física ou grave ameaça. Ademais, o *decisum* carece de fundamentação.

Invoca as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como a Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime prisional semiaberto.

Liminar indeferida às fls. 298/301.

Em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque (fls. 306/308), o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.993 - MS (2016/0102349-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. 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 quantidade da droga apreendida - 573kg 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 para exasperar a pena-base 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 (Relatora):

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 início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

Dito isso, confira-se o teor do aresto guerreado, que fixou o regime fechado para início do desconto da pena (fls. 179/200):

Insurge-se a defesa de Diego Fernandes contra a fixação da pena-base do crime de tráfico ao argumento de desproporcionalidade e insuficiência de fundamentação.

Também, com razão.

A pena-base foi elevada em desacordo com a motivação, como transcrito alhures, resultando, na primeira fase, no dobro da mínima prevista, ou seja, 10 (dez) anos de reclusão.

Extraí-se dos fundamentos esposados que restaram prejudicial ao apelante as circunstâncias, os motivos e conseqüências do crime.

Entrementes, entendo que os motivos e as conseqüências do crime estão fundados em elementos ínsitos ao tipo penal, sendo aquilo já esperado quanto à sua prática ou pretendido com a proteção do bem jurídico.

(...)

Por outro lado, valorou corretamente a quantidade de drogas nas circunstâncias do crime (573 quilos de maconha), valendo-se, inclusive do art. 42 da Lei de Drogas.

Assim, das oito circunstâncias judiciais, uma deve ser mantida em prejuízo do apelante, quantificando-a de acordo com sua expressividade na conduta perpetrada.

Por essas considerações, reduzo proporcionalmente a pena-base fixada a Diego Fernandes Silva ao crime descrito no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, para 8 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa.

(...)

Assim, demonstrado nos autos que os apelantes dedicavam-se, conjuntamente, à atividade criminosa, não lhes cabe o benefício contido no §4.º, do art. 33 da Lei de Drogas.

Nesse diapasão, a análise da hediondez resta prejudicada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

salientando-se, ademais, a adoção da orientação da súmula n.º 512 do STJ (A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas).

Reclamam, também, quanto ao regime determinado para o cumprimento da pena.

Ressalte-se, uma vez mais, não haver óbice à imposição de regime mais brando aos condenados por crimes hediondos ou equiparados (art. 2.º, §1.º, da Lei 8.072/90), atendo-se apenas à regra geral disposta no Código Penal para individualizar a pena.

No caso dos autos, entretantes, é incabível a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, considerada a desfavorabilidade extremada de circunstância judicial, nos termos do §3.º do art. 59 do CPP.

(...)

Assim, conclui-se que o regime fixado na sentença está de acordo com as disposições legais e peculiaridades do caso, sobretudo em razão da expressiva quantidade de droga apreendida - 573 kg de maconha - considerada como circunstância judicial prejudicial aos apelantes

Na hipótese vertente, verifica-se que as instâncias de origem mantiveram o regime inicial fechado com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando a quantidade da droga apreendida - 573 Kg de maconha.

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".

Nesse diapasão, as instâncias *a quo* entenderam ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

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

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 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. O tema referente ao pleito de aplicação da atenuante da confissão espontânea não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório.

Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

4. 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.

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

6. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 294.565/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, 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. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papéletes de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

Outrossim, ao contrário do que sustenta o impetrante, não há ilegalidade na utilização da quantidade da droga para exasperar a pena-base e para fixar o regime inicial fechado.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2016/0102349-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 353.993 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00009711420158120013 9711420158120013

EM MESA

JULGADO: 03/05/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARCIO MESSIAS DE OLIVEIRA
ADVOGADO	: MÁRCIO MESSIAS DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: DIEGO FERNANDES SILVA (PRESO)
CORRÉU	: ROBERSON DANILO COHENE

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, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.