



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.783 - SP (2012/0086582-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ANDRESSA FERNANDA BORGES E OUTRO
ADVOGADO : ANDRESSA FERNANDA BORGES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLÁUDIO RODRIGUES DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

4. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA JUSTIFICADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE REPRIMENDA IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA. EXTENSÃO AO CORRÉU NÃO IMPETRANTE. SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas e de associação para o narcotráfico, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Embora as instâncias ordinárias tenham justificado a necessidade de se impor maior reprimenda ao paciente com base na natureza e na quantidade da substância entorpecente apreendida e nas circunstâncias em que ocorrido o crime, dada a condição de fornecedor do agente, mostra-se desproporcional a fixação da pena-base de ambos os delitos na forma como efetuada, sobretudo se considerada a pequena quantidade do material tóxico capturado - 20 pedras de *crack*.

3. Constatada a identidade fático-processual entre a situação do paciente beneficiado e a do corréu não impetrante no referente à redução da pena-base e que a decisão concessiva de *habeas corpus* não se encontra fundada em motivos de caráter pessoal, aplica-se o disposto no art. 580 do CPP.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. APLICAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ART. 35 DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE ILÍCITA. BENEFÍCIO QUE SEQUER SERIA CABÍVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Inviável reconhecer a ilegalidade na escolha da fração de 1/6 (um sexto) para a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quando o benefício sequer seria cabível na espécie, dada a condenação do agente por violação ao art. 35 da Lei de Drogas, evidenciando a habitualidade delitiva, ou seja, a dedicação a atividade criminosa.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Não preenchido o requisito objetivo para a concessão da permuta, já que a pena definitivamente estabelecida é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, por força do concurso material de crimes, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado no tocante à negativa de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTES STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO MAIS SEVERO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. A gravidade concreta dos delitos cometidos, evidenciada pela organização, haja vista que o paciente foi condenado por dois tipos de crimes - tráfico e associação para o narcotráfico - somada à natureza altamente lesiva do entorpecente capturado em poder do agente - *crack* -, justificam a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.

3. *Writ* não conhecido, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para reduzir a pena-base do paciente, para ambos os delitos cometidos, findando a sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e pagamento de 1.209 (um mil e duzentos e nove) dias-multa, estendendo-se a ordem, nos termos do art. 580 do CPP, de ofício ao corréu EMERSON HENRIQUE GASPAROTO, para reduzir a pena-base de ambos os delitos em que condenado, findando a sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 1 (um) dia de reclusão e pagamento de 1.154 (um mil e cento e cinquenta e quatro) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, com extensão ao corréu Emerson Henrique Gasparoto, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.783 - SP (2012/0086582-9)

IMPETRANTE : ANDRESSA FERNANDA BORGES E OUTRO
ADVOGADO : ANDRESSA FERNANDA BORGES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLÁUDIO RODRIGUES DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de CLÁUDIO RODRIGUES DE SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal n.º 0004042-35.2010.8.26.0619, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 9 (nove) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.383 (mil trezentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente "*autorizam a fixação da pena-base em patamar inferior*" (fls. 3).

Asseveram que foi desproporcional e ilegítima a exasperação da sanção básica em dois anos acima do mínimo, para o delito do art. 33 da Lei 11.343/06, em razão apenas da natureza e quantidade da droga capturada, sem considerar as demais circunstâncias descritas no art. 42 da Lei nº 11.343/06, referentes à personalidade e conduta social do agente que, defendem, seriam favoráveis, entendendo que deveria ser fixada abaixo do ponto médio de 6 anos e 6 meses de reclusão, assim como quanto ao crime de associação, que deveria ser irrogada abaixo do ponto médio de 4 anos de reclusão.

Alegam que não foi observado o princípio da proporcionalidade na fixação das reprimendas para cada um dos crimes cometidos em concurso material, em flagrante desrespeito ao entendimento deste Superior Tribunal sobre o tema.

Destacam que esta Corte Superior de Justiça tem se posicionado no sentido da concessão da redução da sanção, nos termos previstos no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entendem que seria cabível a fixação do regime menos severo para cumprimento de pena, o que conferiria ao sentenciado o direito ao modo inicial semiaberto ou aberto, consoante o art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, e de acordo ainda com os enunciados sumulares nºs 718 e 719 do STF e 440 deste STJ.

Requereram, assim, a concessão da ordem, para que seja: reduzida a pena-base fixada para cada um dos delitos cometidos pelo paciente; aplicada a causa especial de redução de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no grau máximo; fixado regime inicial mais brando de execução; e, por fim, substituída a sanção reclusiva por restritivas de direitos.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial do *habeas corpus* e, nessa parte, pela sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.783 - SP (2012/0086582-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o Recurso Especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado às reprimendas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06; e de 4 (quatro) anos de reclusão, mais multa, como incurso no art. 35, da Lei n.º 11.343/06, que, somadas, por força do art. 69 do Código Penal, totalizaram 9 (nove) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a serem cumpridos no regime inicial fechado, mais multa, porque, no dia **29-7-2010**, conforme consta na sentença condenatória:

Emerson Henrique Gasparoto e Cláudio Rodrigues de Souza, ambos qualificados nos autos, foram denunciados como incurso nas sanções dos artigos 33 "caput" e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, porque teriam se associado para o tráfico de drogas. A denúncia narra que no dia 29 de julho de 2010, [...], o denunciado Emerson trazia consigo 10 pedras de crack. Na sequência, feita busca em sua residência, foram encontrados mais 10 pedras de crack, todas embaladas individualmente. Indagado sobre os fatos, Emerson teria informado à polícia que a cada R\$ 100,00 de droga vendida, teria direito a R\$ 30,00, repassando o restante para Cláudio. Tais substâncias entorpecentes causam dependência física e psíquica, sendo destinadas ao tráfico. (fls. 48)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação criminal perante a Corte Estadual, ao qual foi negado provimento.

No que se refere à sustentada ilegalidade na pena-base imposta ao paciente, verifica-se que o juiz singular, após a análise das circunstâncias judiciais, fixou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a reprimenda, na primeira etapa da dosimetria, tecendo as seguintes considerações:

2.1. Pena do tráfico de drogas.

Individualmente, bem sopesados os elementos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, cumpre reconhecer que considerável quantidade de droga foi apreendida (20 pedras de crack no total). A substância entorpecente encontrada possui altíssimo potencial de dependência química. Ficou comprovado que Cláudio era o fornecedor da droga e a pessoa que, na associação, participava do produto da venda em percentual superior ao de Emerson (precisos 70% do valor apurado com a venda da droga). Tais circunstâncias tornam a conduta de Cláudio ainda mais reprovável. Dessa feita, fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

[...]

2.2. Pena da associação para o tráfico.

Considerados os elementos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, cumpre reconhecer que considerável quantidade de droga foi apreendida (20 pedras de crack no total). A substância entorpecente encontrada possui altíssimo potencial de dependência química. Ficou comprovado que Cláudio era o fornecedor da droga e a pessoa que, na associação, participava do produto da venda em percentual superior ao de Emerson (precisos 70% do valor apurado com a venda da droga). Tais circunstâncias tornam a conduta de Cláudio ainda mais reprovável. Dessa feita, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa. (fls. 54/55)

A Corte impetrada manteve o aumento da reprimenda básica, tal qual fixada pelo sentenciante, assim justificando:

Para Cláudio, as bases relativas ao tráfico de drogas foram fixadas em sete anos de reclusão e pagamento de setecentos dias-multa, em razão da quantidade de droga apreendida (vinte pedras de "crack"), de seu altíssimo potencial de dependência química, bem como pela sua condição de fornecedor da droga. [...]. Para o delito de associação para o tráfico, pelos mesmos motivos que ensejaram a majoração no tráfico, as bases foram estabelecidas em quatro anos de reclusão e quitação de oitocentos dias-multa mínimo, as quais se tornaram definitivas. (fls. 38/39)

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, e, em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, deve considerar, ainda, e 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 n.º 11.343/06.

Com efeito, segundo consta dos autos, o corréu *"Emerson foi preso em flagrante, na oportunidade em que trazia consigo 10 pedras de crack e mantinha em depósito, em sua residência, mais 10 pedras de crack. Quando de seu interrogatório policial, Emerson apontou Cláudio como sendo o fornecedor da droga, fornecendo, inclusive, detalhes de como o tráfico era realizado, bem como o percentual do produto da mercancia ilícita a que cada um teria direito. A divisão apresentada aponta Cláudio como sendo o traficante em escalão superior, porquanto, pouco se expunha, uma vez que Emerson ficava encarregado de oferecer e entregar a droga a usuários, guardando as substâncias que eram repassadas por Cláudio"* (fls. 49), o que evidencia que o Tribunal impetrado, ao manter a fixação da pena-base acima do mínimo legal, atuou em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade de droga apreendida, e ainda a circunstância de fornecedor de droga do condenado e o fato de que ficava com 70% do produto da venda dos entorpecentes que fornecia.

A propósito, segundo orientação dessa Corte Superior de Justiça: *"A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal"* (HC n.º 165.387/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8-2-2011, DJe 21-2-2011).

Contudo, embora Corte Estadual tenha justificado concretamente a necessidade de se manter a imposição de maior reprimenda ao paciente - em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza e da quantidade de substância entorpecente apreendida e das circunstâncias do delito -, verifica-se que a porção de droga capturada não foi excessivamente elevada, o que demonstra que o aumento da reprimenda para ambos os crimes mostra-se, por certo, desproporcional, mesmo considerando-se a condição de fornecedor de drogas do paciente.

Dessa forma, merece ser reformada a sentença condenatória nesse ponto, a fim de diminuir a sanção básica do paciente da seguinte forma:

a) para o delito de tráfico de entorpecentes, fixa-se a pena-base em **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa;**

b) para o delito de associação para o narcotráfico, fixa-se a pena-base em **3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.**

E, nesse ponto, a concessão da ordem de *habeas corpus* deve ser estendida, nos termos do art. 580 do CPP, de ofício ao corréu não impetrante, EMERSON HENRIQUE GASPAROTTO.

Com efeito, a quantidade de droga foi o único fundamento para a elevação da pena-base de EMERSON, estabelecida em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa (fls. 53), e, constatada a identidade fático-processual entre a situação do paciente beneficiado e a do corréu não impetrante no referente à redução da pena-base e que a decisão concessiva de *habeas corpus* não se encontra fundada em motivos de caráter pessoal, aplica-se o disposto no art. 580 do CPP.

Assim, reduz-se a reprimenda-base de EMERSON da seguinte forma:

a) para o delito de tráfico de entorpecentes, fixa-se a pena-base em **5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa;**

b) para o delito de associação para o narcotráfico, fixa-se a pena-base em **3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 720 (setecentos e vinte) dias-multa.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relativamente à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, para o crime de tráfico, o Juízo sentenciante houve por bem aplicar a benesse em 1/6 (um sexto), nestes termos:

Nos termos do artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, por ser o acusado primário (vide certidão de fls. 02 do segundo apenso) e inexistindo indícios de que integre organização criminosa, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), tornando definitiva a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, de valor unitário mínimo. (fls. 54)

A Corte impetrada, por seu turno, findou mantendo a aplicação da causa especial de aumento no mesmo patamar, consignando que:

Em seguida, reconhecida a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, as penas foram reduzidas de um sexto, para tornarem-se definitivas em cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa. (fls. 38)

Pretendem os impetrantes, através da via eleita, que a fração de redução seja aplicada no patamar máximo, ou seja, de 2/3 (dois terços).

Inviável, contudo, reconhecer a ilegalidade na escolha da fração de 1/6 (um sexto) pelas instâncias ordinárias, até porque, condenado por violação ao art. 35 da Lei de Drogas, sequer teria direito ao benefício, já que a comprovada associação permanente para a prática de narcotráfico evidencia a habitualidade delitiva e, no mínimo, a dedicação do agente a atividade criminosa, e um dos requisitos para a concessão do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Entorpecentes, é a não dedicação a atividades ilícitas.

Nesse norte:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ANIMUS ASSOCIATIVO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REAPRECIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INVIABILIDADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da quantidade e da qualidade da droga transportada, qual seja, 26 pedras de crack.

2. As instâncias ordinárias, após exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluíram pela existência de elementos coerentes e válidos a ensejar a condenação dos Pacientes pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas, ressaltando a existência do vínculo associativo, bem como a estabilidade e a permanência da associação. Assim, para se acolher a pretendida absolvição, seria necessário reapreciar todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra incabível na via do habeas corpus.

3. A teor do entendimento desta Corte, a condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas evidencia a dedicação dos Pacientes à atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

4. Tendo sido rejeitadas as pretensões de redução da pena-base e absolvição pelo crime de associação para o tráfico, fica prejudicada a análise dos pedidos sucessivos (aplicação da causa de diminuição prevista no art., § 4.º, da Lei de Tóxicos; substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; suspensão da pena; abrandamento do regime carcerário).

5. Habeas corpus denegado.

(HC 200.207/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 24/10/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ACENTUADA REPROVABILIDADE DO AGENTE PELA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. MOTIVOS DO DELITO. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Não há ilegalidade quando apontados dados concretos que evidenciam a acentuada reprovabilidade do paciente pela conduta delituosa praticada, tendo em vista que era ele quem comandava os demais integrantes da associação voltada para o tráfico de drogas.

2. Os motivos do crime, quando inerentes ao próprio tipo penal violado, não autorizam a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, porquanto já considerados pelo legislador quando da fixação da pena abstratamente cominada ao delito.

3. Não tendo o Juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavoráveis as circunstâncias e as consequências do delito, mostra-se devida a redução da pena-base nesse ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. No caso concreto, não era sequer devida a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão de o paciente ter sido condenado também pelo crime de associação para o tráfico de drogas. No entanto, mantém-se a diminuição efetivada pelas instâncias ordinárias, em observância ao princípio da proibição da reformatio in pejus.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida em parte a ordem apenas para reduzir a pena-base do acusado Edcarlos da Costa Loureiro, tornando a reprimenda desse paciente definitiva em 6 anos e 7 meses de reclusão e pagamento de 877 dias-multa.

(HC 173.092/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012)

Ausente, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado de ofício por este Tribunal quanto ao ponto.

Assim, prosseguindo-se na dosimetria, reduz-se a reprimenda básica **para o delito de tráfico de entorpecentes** pela incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas no patamar procedido pelas instâncias ordinárias, ou seja, de 1/6 (um sexto), restando a reprimenda do paciente definitiva em **4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e pagamento de 459 (quatrocentos e cinquenta e nove) dias-multa.**

Já a sanção do corréu, EMERSON para o crime do art. 33 da Lei de Drogas resta definitiva em **4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 1 (um) dias de reclusão e pagamento de 434 (quatrocentos e trinta e quatro) dias-multa.**

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, igualmente não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena do paciente foi estabelecida definitivamente em **4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão**, para o crime de tráfico de drogas, e para o delito de associação para o narcotráfico em **3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, as quais, calculadas segundo as regras do concurso material, da forma como procedido pelo Juízo da condenação, restam fixadas em **7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão**, ou seja, é superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Igual conclusão chega-se em relação ao corréu EMERSON, já que sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, após aplicado o concurso material de crimes, é superior a 4 (quatro anos de reclusão).

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado, constata-se que foi estabelecido e mantido com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei 8.72/90 (fls. 39).

De se observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, deve ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

E, em assim sendo, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que manteve o modo fechado para o início do cumprimento de pena, pois, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda do paciente, assim como a do corréu, foi definitivamente estabelecida em patamar pouco inferior a 8 (oito) anos de reclusão, considerando-se a soma pelo concurso material de crimes, pelo que se mostra devida a imposição do modo mais gravoso, uma vez que foi condenado pela prática de dois tipos de delito - tráfico e associação para o narcotráfico - fator que, somado à natureza altamente danosa da substância entorpecente apreendida - *crack* - , autoriza a escolha, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, observado o disposto no art. 42 da nova Lei de Drogas.

Assim, a gravidade concreta dos crimes cometidos, evidenciada pela organização e especialmente em razão da natureza do entorpecente capturado, justifica a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 580 DO CPP. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PENAL. LEI N. 11.343/2006. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 35 DA LEI DE DROGAS. OCORRÊNCIA. REINCIDENTE. COMPROVAÇÃO. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONCURSO DE AGENTES. REINCIDÊNCIA. CARACTERÍSTICA OU CONDIÇÃO EXCLUSIVAMENTE PESSOAL.

1. Inaplicável o disposto no art. 580 do Código de Processo Penal quando inexistente identidade de situações para a concessão de benefício, firmado em circunstância de caráter pessoal.

2. A reincidência do agravante em crime de idêntica natureza é, de fato, característica ou condição exclusivamente pessoal, a qual elide a extensão (ou aproveitamento) do decidido em relação à corré, no caso de concurso de agentes no tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Adequado o regime inicial fechado para cumprimento de pena, diante da elevada quantidade de cocaína apreendida, qual seja, 1, 061578 Kg, além da interestadualidade do delito e da notória associação para o tráfico.

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Resp 1205567/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 01/10/2012)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para reduzir a pena-base de ambos os delitos em que condenado o paciente, findando a sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 24 (vinte e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quatro) dias de reclusão e pagamento de 1.209 (um mil e duzentos e nove) dias-multa, estendendo-se a ordem, nos termos do art. 580 do CPP, de ofício ao corréu EMERSON HENRIQUE GASPAROTO, para reduzir a pena-base de ambos os delitos em que condenado, findando a sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 1 (um) dia de reclusão e pagamento de 1.154 (um mil e cento e cinquenta e quatro) dias-multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0086582-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 240.783 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 40423520108260619 4212010 6190120100040420

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRESSA FERNANDA BORGES E OUTRO
ADVOGADO : ANDRESSA FERNANDA BORGES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLÁUDIO RODRIGUES DE SOUZA (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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, com extensão ao corréu Emerson Henrique Gasparoto, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.