



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 128.577 - SP (2009/0026832-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GILMAR TADEU FREM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HIRANARDO GURGEL

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/1976. LIMINAR DEFERIDA PARA FIXAR O REGIME ABERTO. INFORMAÇÃO SUPERVENIENTE. MAIS DE UMA CONDENAÇÃO. PENA TOTAL MAIOR DE QUATRO ANOS. PEDIDO DE REGIME INICIAL ABERTO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO RETROATIVA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O pleito de fixar o regime aberto fica prejudicado diante das informações supervenientes, ao tempo da concessão da liminar desconhecidas, de que o paciente encontra-se em cumprimento de três execuções, cujo montante total de pena é de 7 anos, 8 meses e 16 dias de reclusão, soma que não permite aquele regime.
2. Em tal caso, não é possível substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a reprimenda final é maior de quatro anos.
3. A jurisprudência desta Corte não permite a combinação de leis, sendo descabida a aplicação da causa especial de diminuição, do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, à condenação pelo art. 12 da Lei nº 6.368/1976.
4. Aplicação por inteiro da nova lei, desde que presentes os requisitos no caso concreto.
5. Aferição já realizada pelo acórdão do Tribunal de origem e corretamente rechaçada com base no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, até porque não é o paciente primário, o que impede o benefício, segundo a letra expressa do regramento de regência.
6. *Habeas corpus* julgado prejudicado, em parte e, no mais denegada a ordem, ficando cassada a liminar.

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 Turma, por unanimidade, julgou prejudicado em parte o habeas corpus, e no mais, denegou a ordem, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 07 de novembro de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 128.577 - SP (2009/0026832-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GILMAR TADEU FREM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HIRANARDO GURGEL

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de HIRANARDO GURGEL, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (AC n.º 993.07.029905-3).

Depreende-se dos autos que, em 30.08.2004, o paciente foi preso em flagrante junto com outro indiciado, pela suposta prática da conduta prevista no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76.

Ainda na fase inquisitorial, foi determinado o relaxamento da prisão, ao argumento de que o paciente e seu co-indiciado "não foram surpreendidos comercializando a droga, a quantidade da substância não era o bastante a demonstrar que se destinava ao comércio ilícito e não traziam consigo qualquer importância em dinheiro" (fl. 18).

Em sentença penal prolatada no dia 05.09.2006, o paciente foi condenado à pena de três anos de reclusão, em regime integralmente fechado, tendo sido negado o direito de apelar em liberdade. Em sede de *habeas corpus*, assegurou-se ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o tribunal de origem deu parcial provimento apenas para fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda. O referido aresto está assim fundamentado, no que interessa:

"Assim, correta a r. *decisum* condenatória, não exigindo reparo nem no que tange as penas, porquanto foram fixadas no mínimo legal e estão adequadas ao caso em exame.

Outrossim, não há se falar na redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, ainda em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, devendo prevalecer o estatuído no artigo 42, da citada Lei.

De outro lado, porém, o regime integralmente fechado não deve permanecer, diante do teor da Lei nº 11.464/2007, em vigor desde 29 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, estatuinto que a pena por crimes desta natureza será cumprida *inicialmente* em regime fechado.

Nesse passo, por ser a lei novel mais favorável ao recorrente, a vedação à progressão de regime não subsiste. Por fim, cumpre consignar que a decretação da perda do veículo apreendido era de rigor, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da lei de drogas, pois restou evidenciado que fora usado para a prática do delito em comento.

Por tais razões, DÁ-SE provimento em parte ao apelo para alterar o regime para o inicialmente fechado, mantendo-se os demais termos da r. sentença." (fl. 20)

Sustenta, inicialmente, a aplicação retroativa do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, alegando que o paciente é primário. Sustenta, ainda, ser imperiosa a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Argumenta, ao final, ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porque o delito ocorreu antes da vigência das Leis 11.343/06 e 11.464/07.

Requer a concessão liminar da ordem e sua posterior confirmação, nos termos acima aduzidos.

Estes autos foram distribuídos por prevenção ao HC n.º 79.500/SP, julgado prejudicado, pela superveniente perda do objeto.

A liminar foi deferida apenas para fixar o regime inicial aberto (fls. 25/28).

Foram prestadas informações (fls. 34/60), esclarecendo que, contra o acórdão da apelação, a defesa interpôs recurso especial, não tendo sido ele admitido na origem, transitando em julgado a condenação também para a defesa.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 61/72).

Informações complementares (fls. 80/95), prestadas em 21 setembro de 2011, no sentido de que, até àquela data, ainda não tinha sido expedida guia de recolhimento referente à condenação em comento (ação penal nº 050.04.064470-7 - controle 1165/04), em virtude da liminar aqui deferida. Esclareceu-se também que o paciente tem três execuções a cumprir, totalizando 7 anos, 8 meses e 16 dias de reclusão, com término para 27 de novembro de 2016.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 128.577 - SP (2009/0026832-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/1976. LIMINAR DEFERIDA PARA FIXAR O REGIME ABERTO. INFORMAÇÃO SUPERVENIENTE. MAIS DE UMA CONDENAÇÃO. PENA TOTAL MAIOR DE QUATRO ANOS. PEDIDO DE REGIME INICIAL ABERTO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO RETROATIVA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O pleito de fixar o regime aberto fica prejudicado diante das informações supervenientes, ao tempo da concessão da liminar desconhecidas, de que o paciente encontra-se em cumprimento de três execuções, cujo montante total de pena é de 7 anos, 8 meses e 16 dias de reclusão, soma que não permite aquele regime.

2. Em tal caso, não é possível substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a reprimenda final é maior de quatro anos.

3. A jurisprudência desta Corte não permite a combinação de leis, sendo descabida a aplicação da causa especial de diminuição, do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, à condenação pelo art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

4. Aplicação por inteiro da nova lei, desde que presentes os requisitos no caso concreto.

5. Aferição já realizada pelo acórdão do Tribunal de origem e corretamente rechaçada com base no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, até porque não é o paciente primário, o que impede o benefício, segundo a letra expressa do regramento de regência.

6. *Habeas corpus* julgado prejudicado, em parte e, no mais denegada a ordem, ficando cassada a liminar.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Três são as pretensões: a) a aplicação retroativa do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06; b) a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena e c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

De início, no tocante ao regime, encontra-se o pedido prejudicado, pois, com as informações veio a lume o fato, ao tempo da liminar desconhecido, de que o paciente encontra-se em cumprimento de três execuções, cujo montante total de pena é de 7 anos, 8 meses e 16 dias de reclusão, soma que não permite a fixação definitiva daquele regime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante disso, não há direito, por óbvio, à pretendida substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois a pena total é maior de quatro anos.

No mais, quanto à aplicação do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, os fatos lhe são anteriores, tendo sido o paciente condenado pelo delito do art. 12, *caput* da Lei nº 6.368/1976.

Sempre vinha entendendo pela impossibilidade de aplicação retroativa daquela causa especial de diminuição, a fatos ocorridos na vigência da Lei nº 6.368/76, dado que não entendia correta a combinação de leis.

Contudo, a Sexta Turma, em 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, na assentada de 12 de maio de 2010, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei nº 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, §4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto. É dizer, pode ser que, mesmo levando em conta o novo preceito primário, cuja pena mínima é maior (5 anos), se puder ser aplicada a minorante, resultando em uma pena final menor, haverá maior benignidade no novo regramento que, então, deverá ser retroativo, na sua inteireza.

Veja-se, não há combinação de leis, mas aplicação da lei mais benéfica ao réu, levando-se em consideração o caso concreto. Assim, poderá ser tanto a Lei nº 6.368/76 como a Lei nº 11.343/2006, a que for melhor para o réu.

Confira-se, a propósito, a ementa do precedente da Seção:

"PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, **CAPUT**, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO **PRETÓRIO EXCELSO**. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. **Todavia**, a verificação da **lex mitior**, no confronto de leis, é feita **in concreto**, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, **retroatividade da regra nova** ou **ultra-atividade da norma antiga**.

II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 **inovou no ordenamento jurídico** pátrio ao prever uma **causa de diminuição** de pena **explicitamente vinculada** ao novo apenamento previsto no **caput** do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33.

III - Portanto, **não há** que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma **terceira norma não elaborada e jamais prevista** pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, **inexoravelmente**, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no **caput** do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao **princípio da extra-atividade** (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, **caso a caso**, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre **quantum** mais elevado. Contudo, **jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita**.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica **que seja desvinculada**, inocorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada **combinação de leis**.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, **v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso**. Dentre os estrangeiros, **v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina**.

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, **1ª Turma**, Relatora Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, **2ª Turma**, Relatora Min. **Ellen Gracie**, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, **2ª Turma**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão).

Embargos de divergência providos.

Ordem de **habeas corpus** concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006."

Em casos assim, tem a Sexta Turma entendido de mandar a aferição concreta, de aplicação ou não da Lei nº 11.343/2006, por inteiro, ao juízo da execução.

Contudo, na espécie, o tema já foi expressamente apreciado pelo Tribunal de origem, ao ensejo da apelação, conforme se colhe do seguinte excerto do acórdão respectivo (fls. 17/20):

HIRANARDO GURGEL foi condenado a cumprir três anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e a pagar cem dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao disposto no artigo 12, caput, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nº 6.368/76.

Inconformado, apela postulando a absolvição por insuficiência probatória, ou, subsidiariamente, a desclassificação para o delito de porte de entorpecente para consumo próprio.

Recebido e contrariado o recurso, opina a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento. O co-acusado ILTON ALVES MOREIRA foi absolvido com fulcro no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal.

É, em síntese, o relatório.

Desde logo, emerge inviável a almejada absolvição, pois na reiteração da instância nada de novo foi comprovado ou alegado que infirmasse a r. sentença condenatória.

O apelante foi condenado porque ficou comprovado, estreme de dúvida que, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, transportava, em seu veículo, para fins de tráfico, 49,3 gramas de maconha e 6,7 gramas de haxbçe, embalados separadamente em quinze invólucros, substâncias entorpecentes que determinam dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelos autos de prisão em flagrante, de exibição e apreensão, pelo laudo de constatação prévia e, especialmente, pelo laudo de exame químico-toxicológico.

A autoria também é certa, nada obstante a versão apresentada pelo apelante. Na fase administrativa disse ter dado carona para Ilton e durante o trajeto foram abordados por policiais militares, os quais, durante a revista, encontraram a porção de maconha. Não era o proprietário da droga. Acredita estar sendo vítima de uma farsa montada para lhe prejudicar, em razão de seu passado criminal. Em juízo, aduziu ter viajado a São Paulo para fazer compras no Brás e cobrar uma dívida do co-acusado Ilton. Os policiais pararam seu veículo e, após verificarem que ambos já tinham passagens policiais, por receptação, disseram que encontraram os entorpecentes na tampa do tanque de combustível do automóvel. O veículo era emprestado de Pardal, freqüentador de seu estabelecimento comercial na Praia Grande, cujo endereço desconhece. Os policiais pediram armas para que não os prendessem. Ofereceu dinheiro, mas não foi aceito. Antes de serem conduzidos ao distrito policial, foram até uma favela próxima onde apareceu o entorpecente apreendido. Um dos policiais disse que o conhecia do bando do cigano (sic), de Praia Grande.

É que essa versão exculpatória não convence, pois não foi comprovada, ex vi do disposto no artigo 156, do Código de Processo Penal, e não se coaduna com as provas coligidas no curso da instrução penal, senão vejamos.

Os policiais militares Ademir Rafael dos Santos e Celso Kazuo Kuroda informaram que após terem abordado o veículo conduzido pelo acusado, realizaram busca pessoal, mas nada de ilícito foi encontrado. Todavia, na tampa do compartimento de combustível do automóvel, encontraram sete bolinhas de haxixe e uma porção de maconha. No compartimento do air bag encontraram outros sete invólucros de maconha. O acusado assumiu a propriedade da droga que estava escondida no compartimento de combustível que não sabia da existência da outra porção, pois havia adquirido o veículo há pouco tempo. O acusado e Ilton foram encaminhados ao distrito policial. Não realizaram diligência numa favela.

O co-acusado Ilton Alves Moreira, em juízo, nada esclareceu acerca dos fatos, pois exerceu o direito constitucional de permanecer em silêncio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, em que pese o empenho do combativo defensor, não há como acolher a tese de insuficiência probatória, tendo se revelado correta a condenação por tráfico de drogas, pois fundada na apreensão da substância entorpecente no veículo conduzido pelo acusado e nos depoimentos dos policiais militares.

E, não há como negar que a versão dos milicianos é mais coerente e que melhor se amolda à realidade dos fatos, pois não parece crível fossem (eles) imputar crime de tal gravidade a pessoa inocente, sem qualquer motivo, não se podendo simplesmente pretender repudiar esses relatos, nada existindo que pudesse tisonar de parcialidade os seus testemunhos, em prol de quem milita a presunção de agirem no cumprimento do dever e nos limites da lei.

(...)

Ademais, diante da natureza e da quantidade das substâncias apreendidas, da forma como estavam acondicionadas, em porções individuais, prontas para a entrega a terceiros, bem assim do sugestivo contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante, não há como negar que o delito restou caracterizado e que a responsabilidade penal do recorrente é inarredável, pois o simples transporte de drogas para o consumo alheio já aperfeiçoa o tipo em comento, irrelevante a ausência da prática de atos de efetivo comércio.

Nem mesmo a alegação de ser o apelante viciado tem o condão de descaracterizar o delito, pois, é cediço, uma conduta não exclui a outra, podem ser praticadas pela mesma pessoa, e, além do mais, é comum o tráfico entre dependentes ou usuários justamente para viabilizar o sustento do vício.

Assim, correta a r. decisum condenatória, não exigindo reparo nem no que tange as penas, porquanto foram fixadas no mínimo legal e estão adequadas ao caso em exame.

Outrossim, não há se falar na redução prevista no artigo 33, § 4o, da Lei nº 11.343/2006, ainda em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, devendo prevalecer o estatuído no artigo 42, da citada Lei.

De outro lado, porém, o regime integralmente fechado não deve permanecer, diante do teor da Lei nº 11.464/2007, em vigor desde 29 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, estatuinto que a pena por crimes desta natureza será cumprida inicialmente em regime fechado.

Nesse passo, por ser a lei novel mais favorável ao recorrente, a vedação à progressão de regime não subsiste.

Por tais razões, DÁ-SE provimento em parte ao apelo para alterar o regime para o inicialmente fechado, mantendo-se os demais termos da r. sentença.

A apreciação, *in concreto*, como se vê, já foi realizada e afastada, louvando-se o julgado na variedade e quantidade de drogas, o que se coaduna com o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, 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"*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mesmo porque, como visto, o paciente tem várias condenações, em execução, demonstrando que não é primário, o que impede a aplicação da benesse.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE REINCENTE. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.

11.343/2006 (10.400 g de merla).

2. Não há como afastar a agravante da reincidência quando não é trazida à colação cópia da folha de antecedentes penais do paciente, pois fica inviável aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente writ, a condenação anterior, de fato, ainda não havia transitado em julgado, como se alega.

3. Reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art.

33, § 4º, da Lei de Drogas em seu favor, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão dessa benesse aos reincidentes.

4. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

5. Sendo a pena aplicada superior a 4 anos de reclusão, a reincidência do paciente impede a fixação de regime diverso do fechado, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

6. A quantidade e a variedade da droga apreendida (5,94 g de maconha e 376 porções de merla, com massa bruta de 10.400,0 g) demonstram uma maior gravidade da conduta, a qual levou à exasperação da pena-base acima do mínimo legal, e também justificam a fixação do regime inicial fechado.

7. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que, além de o paciente ter sido condenado à reprimenda superior a 4 anos, essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.

(HC 183.501/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Ante o exposto, julgo prejudicado, em parte, o pedido e, no mais, denego a ordem, cassando a liminar.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0026832-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 128.577 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50040644707 993070299053

EM MESA

JULGADO: 07/11/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GILMAR TADEU FREM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HIRANARDO GURGEL
CORRÉU : ILTON ALVES MOREIRA

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, julgou prejudicado em parte o habeas corpus, e no mais, denegou a ordem, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.