



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.570 - MS (2012/0063726-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA
ADVOGADO : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WILLIAN MONTEIRO BRUNO (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. REGIME FECHADO FIXADO EM RAZÃO DA ELEVADA QUANTIDADE DE 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. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a expressiva quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.
3. 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.
4. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 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".
5. Devidamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado em razão da elevada quantidade das drogas apreendidas - 70,640 kg de maconha e 1 kg de cocaína - não há constrangimento ilegal a ser sanado.
6. *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 Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 05 de fevereiro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.570 - MS (2012/0063726-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA
ADVOGADO : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WILLIAN MONTEIRO BRUNO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de WILLIAN MONTEIRO BRUNO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação Criminal n.º 2012.003697-8/0000-00).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/06, à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado. Extrai-se do *decisum*, o seguinte excerto:

Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como a grande quantidade de substância entorpecente apreendida com o acusado, fixo, por serem necessárias e suficientes, as penas-bases em 07 (sete) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. Incide em favor do acusado a atenuante da confissão espontânea, posto que confessou de forma espontânea e voluntária a prática do delito e com isso colaborou de forma decisiva na apuração dos fatos, motivo pelo qual diminuo as penas bases em 06 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa. Ainda, no caso em tela incide em favor do acusado a causa de diminuição de pena a que alude o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, aplicando-se tal benesse em seu grau máximo, ou seja, em 2/3 (dois terços), tendo em vista que o acusado preenche os requisitos insertos em tal dispositivo legal, **TOTALIZANDO AS PENAS EM 02 (DOIS) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E 184 (CENTO E OITENTA E QUATRO) DIAS-MULTA**, penas que torno definitivas em razão da inexistência de outras agravantes e atenuantes genéricas, causas de aumento ou diminuição da pena, devendo o acusado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em REGIME FECHADO, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente apreendida consigo.

Pelos mesmos motivos são incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como o *sursis* (fls. 204/205).

A Defesa, insatisfeita, interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negou provimento ao recurso, em acórdão assim fundamentado:

Refuta-se o pleito de redução da pena-base.

Em atenção aos ditames do art. 59, do Código Penal, em conjunto com o disposto no art. 42. da Lei n. 11.343/2006, o magistrado singular considerou desfavorável a natureza e a quantidade da droga apreendida, visto que o acusado trazia consigo cerca de 70 kg (setenta quilos) de maconha e 01 kg (um quilo) de cocaína - o que justifica a exasperação da pena-base estabelecida em 07 (sete) anos de reclusão, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

(...)

Não fosse o bastante, é de se lembrar que a fixação da pena se dá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, porquanto, após a análise das circunstâncias judiciais. "poderá o Juiz. portanto, vendo que a pena fixada *a priori* não é necessária, diminuí-la de modo a que se torne adequada. Poderá também vendo que a pena *a priori* estabelecida não é suficiente para reprovação e prevenção do crime, aumentá-la até que atinja o grau adequado .

Portanto, satisfeitos tanto o caráter preventivo quanto o repressivo da conduta delitiva não há que operar qualquer redução na reprimenda.

Finalmente, tenho que improcede o pedido de abrandamento do regime prisional.

Malgrado o crime de tráfico de drogas, em si, não esteja elencado no rol dos crimes hediondos do art. 1º. da Lei n. 8.072/90. O referido delito deve receber o mesmo tratamento dado aqueles por força de equiparação constitucional (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal) e infraconstitucional (art. 2º, caput. da Lei n. 8.072/90).

Na esteira de tais argumentos, afasta-se o prequestionamento suscitado. Em face do exposto, nego provimento ao recurso manejado por WILLIAN MONTEIRO BRUNO, mantendo incólume a sentença combatida (fls. 250/251).

Alega o impetrante, inicialmente, que o Juízo *a quo*, ao realizar a dosimetria da pena, elevou a pena-base em 2 (dois) anos apenas em razão da natureza e da quantidade de droga apreendida, contrariando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assere que se mostra plenamente cabível a substituição da pena, bem como a fixação de um regime inicial menos gravoso para o cumprimento da pena.

Afirma que, segundo a jurisprudência pátria, "para a fixação do regime prisional nos crimes de tráfico de drogas, ou seja, em crimes equiparados a hediondo, devem ser observados os parâmetros do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena".

Aduz que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Argumenta que tal vedação afronta os princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaca que o paciente não é reincidente e a pena é inferior a 04 (quatro) anos.

Cita precedentes dos Tribunais Superiores para reforçar sua tese.

Requer, liminarmente, que o paciente inicie o cumprimento de sua pena em regime aberto. No mérito, pretende "a concessão definitiva da presente ordem, confirmando-se a liminar, para cassar o v. acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal deste Sodalício, a fim de reduzir a pena-base do ora paciente para o mínimo legal, ou em patamar próximo deste, e abrandar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, por expressar a mais esmerada justiça".

A liminar foi indeferida às fls. 335/337.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, pelo "parcial cabimento do *habeas corpus*" e "na parte, pela não concessão" (fl. 373).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.570 - MS (2012/0063726-2)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. REGIME FECHADO FIXADO EM RAZÃO DA ELEVADA QUANTIDADE DE 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. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a expressiva quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

3. 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.

4. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 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".

5. Devidamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado em razão da elevada quantidade das drogas apreendidas - 70,640 kg de maconha e 1 kg de cocaína - não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cumpre salientar, inicialmente, que estes autos foram distribuídos por prevenção ao HC 222.839/MS, em que se pretendia a concessão de liberdade provisória ao paciente. O pleito foi julgado prejudicado em 21.9.2012.

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

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

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

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

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

No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, observa-se que foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 70,640 kg de maconha e 1 kg de cocaína (fl. 21) -, a atrair a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que dispõe 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, demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da significativa quantidade das drogas apreendidas, as instâncias ordinárias entenderam ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

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

2. Verificado que a Corte originária levou especialmente em consideração a desfavorabilidade das circunstâncias em que cometido o delito, já que o agente foi flagrado na companhia de menor e na posse de elevada quantia em dinheiro, indicativa de tráfico em larga escala, e ainda as referentes à natureza, variedade e quantidade das drogas apreendidas - 82 gramas de maconha, 19,38 gramas de cocaína e 16,93 de crack - não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

(...)

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, em parte concedido, apenas para fazer preponderar a atenuante da menoridade relativa sobre a agravante da reincidência, restando a sanção do paciente definitiva em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 6 (seis) dias de reclusão e pagamento de 635 (seiscentos e e trinta e cinco) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatido.

(HC 237.264/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração para a exasperação da pena-base especialmente a diversidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente (maconha, cocaína e *crack*), além da quantidade (catorze porções de maconha, com peso total de 48,7 g; seis porções de cocaína em pó, com peso total aproximado de 3 g; nove porções de cocaína em pó, com peso total de 5 g e uma porção de cocaína sob a forma de *crack*, com peso total de 3,7).

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como à fixação do regime inicial aberto aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

3 Ordem parcialmente concedida para afastar a vedação legal à fixação do regime menos gravoso e à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, cabendo às instâncias originárias a verificação quanto ao preenchimento pelo paciente dos requisitos necessários.

(HC 226.272/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 11/06/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA ELEVADA. MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. A jurisprudência desta Corte entende não haver *bis in idem* na utilização da reincidência como agravante genérica, nem para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, porquanto trata-se da aplicação de um mesmo instituto jurídico em fases distintas.

3. Ordem denegada.

(HC 152.388/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 15/06/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO PELA LEI Nº 6.368/1976. 1. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADAS NEGATIVAMENTE. 2. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. 3. REQUISITOS LEGAIS PARA A INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NA NOVA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 3. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PEDIDO PREJUDICADO. 4. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi estabelecida considerando a elevada quantidade de droga apreendida, bem como em razão das consequências nefastas do delito, cujos lucros obtidos com o comércio ilícito eram destinados à manutenção de organização criminosa.

2. A partir do julgamento do EREsp nº 1.094.499/MG, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de ser inadmissível a combinação de leis, de modo a evitar a criação de uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceira norma não prevista no ordenamento jurídico, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao preceito do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, ressalvada minha opinião no sentido da possibilidade de aplicação de norma posterior benéfica.

3. Deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas, na íntegra, será ou não mais favorável ao réu. Na hipótese, não faz jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o paciente que se dedica a atividades criminosas e integra organização criminosa, circunstâncias devidamente reconhecidas no acórdão da apelação.

4. *Habeas corpus* denegado.

(HC 128.343/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 24/04/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. OBEDIÊNCIA AO CRITÉRIO ESTABELECIDO NO ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA (CRACK). CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. EXASPERAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. Somente se admite a reforma da dosimetria de pena, em sede de *habeas corpus*, quando exsurge dos autos flagrante ilegalidade, o que, seguramente, não ocorreu no caso em apreço.

2. Na hipótese, vê-se que o acórdão impugnado, valendo-se do critério estabelecido no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou, em desfavor do Réu, a natureza da substância apreendida, vulgarmente conhecida como *crack* (mistura com maior potencial viciante e destrutivo), para exasperar a pena-base em 01 (um) ano.

3. Além disso, o aresto adversado reconheceu corretamente ser o Paciente portador de circunstância judicial desfavorável, qual seja, a conduta social desabonada, o que, por certo, legitima a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

4. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea, no momento da fixação da reprimenda. Precedentes.

5. Ordem denegada.

(HC 169.684/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 17/05/2011)

No mais, mister destacar 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 pelo Pretório Excelso a obrigatoriedade do regime inicial fechado nas condenações por crimes hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes.

Não é outro o entendimento da Sexta Turma desta Corte, que adotou o posicionamento 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.

Na hipótese vertente, entretanto, tenho que a fixação do regime aberto não satisfaz a resposta penal; tampouco o regime intermediário.

Verifica-se, *in casu*, que, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão das circunstâncias do caso concreto, levando-se em consideração a expressiva quantidade das drogas apreendidas - 70,640 kg de maconha e 1 kg de cocaína (fl. 21) -, substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios.

Com efeito, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, 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 fixação do regime inicial fechado com base na elevada quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, não há constrangimento ilegal a ser sanado. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INCABÍVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível a utilização do habeas corpus em substituição ao recurso adequado. Precedentes.

2. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, ex officio, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça já firmaram entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime diverso do fechado nos crimes de tráfico, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto.

4. Com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando-se a vedação legal à substituição de pena, devendo a análise dos requisitos para a obtenção da conversão da pena se dar nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. A negativa de abrandamento do regime inicial e o indeferimento do benefício da substituição da pena estão justificados em elementos concretos, tendo em vista a quantidade e qualidade dos entorpecentes expostos à comercialização - 20 eppendorfs de cocaína e 29 porções de crack -, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 255.661/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOCORRÊNCIA. DEVOLUÇÃO DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Nada há que ser alterado na pena-base fixada acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade, sendo correto, nessa esteira, o regime mais gravoso de cumprimento de pena.

2. Conforme já decidiu esta Corte que "não obstante o princípio da identidade física do Juiz (...) determinar que o magistrado que concluir a instrução em audiência deverá sentenciar o feito, tem-se que tal princípio não é absoluto. Assim, em razão da ausência de normas regulamentares específicas, deve-se aplicar por analogia o disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que no caso de ausência por convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, deverão os autos passar ao sucessor do magistrado" (AgRg no Ag 1299889/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26.10.12).

3. Inexiste violação ao princípio da identidade física do juiz calcada na alegação de que a instrução teria sido presidida por um magistrado e a sentença proferida por magistrado diverso, quando há falta de comprovação, nos autos, das razões que levaram a substituição do julgador por ocasião da sentença, vale dizer, quando não é possível saber a razão ou o motivo que levou um juiz a promover a instrução criminal e a outro proferir sentença.

4. Cabe ao impetrante demonstrar que a hipótese não se inseria em nenhuma das mencionadas exceções ao princípio da identidade física do juiz.

5. Eventual inconformismo com a decisão que inadmite recurso especial deve ser objeto do recurso próprio.

6. Ordem denegada.

(HC 204.483/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 19/12/2012)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0063726-2

HC 237.570 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110259425 20120036978

EM MESA

JULGADO: 05/02/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA
ADVOGADO : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WILLIAN MONTEIRO BRUNO (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, 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.