



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.819 - ES (2012/0215817-5)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
AGRAVANTE : EDSON ALVES MATIAS (PRESO)
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. INDEFERIMENTO LIMINAR. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ALEGADO *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO DESPROVIDO.

– Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência aos arts. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e 3º do Código de Processo Penal, que permite ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Precedentes.

– A restrição de hipóteses de conhecimento dos *habeas corpus* substitutivos de recurso próprio encontra-se amparada no entendimento jurisprudencial tanto desta Corte quanto do Supremo Tribunal Federal.

– Conforme entendimento sedimentado desta Corte, não há falar em *bis in idem* na consideração da quantidade e natureza de droga (125 pedras de crack) para a fixação da pena-base e para a aplicação do redutor em fração aquém do seu máximo, mas sim na utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos

– Devidamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado para o início de cumprimento da reprimenda nas circunstâncias do caso concreto, não há flagrante ilegalidade a ser sanada.

– Em que pese a Resolução nº 5/2012 do Senado Federal ter suspenso a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a condenação imposta na ação penal de que aqui se cuida foi mantida em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, o que impede a substituição da pena privativa de liberdade, ante a ausência dos requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 12 de março de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.819 - ES (2012/0215817-5)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
AGRAVANTE : EDSON ALVES MATIAS (PRESO)
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim prolatada em que indeferi liminarmente o *writ* impetrado.

O agravante, por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, sustenta, preliminarmente, ofensa ao princípio da colegialidade. Afirma que só em casos de pedido manifestamente incabível, de manifesta incompetência do Tribunal ou de reiteração de outro pedido com os mesmos fundamentos o *habeas corpus* poderia ser indeferido liminarmente. Diz, que "*o writ em julgamento debate falhas na fixação da pena, não representando, assim, nenhum dos casos acima elencados* (fl. 76).

Quanto ao mérito, alega que o Tribunal *a quo* incorreu em *bis in idem* ao considerar a quantidade de droga para deixar de reduzir a pena-base ao seu grau mínimo legal, para negar uma maior redução da pena na terceira etapa da dosimetria e utilizar o mesmo parâmetro de referência para fundamentar a negativa de regime prisional diverso do fechado. Aduz que o paciente possuiu todos os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena restritiva de liberdade por restritivas de direitos.

Afirma que o Tribunal de origem adotou fundamentos diversos da r. sentença, *inovando com motivos prejudiciais ao paciente*, causando-lhe constrangimento ilegal.

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* ou o julgamento do feito pela Turma competente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.819 - ES (2012/0215817-5)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

De início, no tocante à alegação de que a decisão monocrática proferida ofendeu o princípio da colegialidade, razão não assiste ao agravante.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência aos arts. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e 3º do Código de Processo Penal, que permite ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, como ocorre *in casu*. Nesse sentido os julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CPC E ART. 34, XVIII, DO RISTJ. 2. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. PRESENÇA DE DEFENSOR PÚBLICO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. 3. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA FALTA DISCIPLINAR IMPUTADA AO PACIENTE. INOVAÇÃO RECURSAL. 4. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e do art. 34, XVIII, do RISTJ, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento ao recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, o qual sempre estará preservado, diante da possibilidade de interposição de agravo regimental.

2. De acordo com o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, no procedimento a ser adotado para a apuração da falta disciplinar de natureza grave deve-se garantir ao sentenciado sua oitiva prévia, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso ocorreu, esclarecendo o Tribunal de Justiça que na "audiência especial, o agravante teve a oportunidade de explicar o ocorrido (fls. 80/81), na presença da Defensoria Pública, a quem foi garantida a manifestação" (fl. 55). Precedentes.

3. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, caracteriza inovação recursal a pretensão de se discutir a tipificação da falta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grave, tendo em vista que na inicial do habeas corpus buscou-se apenas a cassação da decisão que reconheceu a prática da falta disciplinar de natureza grave pelo paciente, tendo em vista a inexistência de processo administrativo disciplinar. Precedente.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 237976/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 19.9.2012).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA POR RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. FURTO. VALOR EXPRESSIVO DA RES FURTIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

1. **Este Sodalício pacificou o entendimento de que, nos termos do disposto no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal, é possível ao relator negar seguimento a recurso ou habeas corpus manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, inexistindo, assim, ofensa ao princípio da colegialidade. Precedentes.**

2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. Hipótese de furto no qual não se observa a irrelevância do fato, tendo em vista que o valor da res furtiva gira em torno de quase dois salários mínimos vigentes à época do fato, razão pela qual não se aplica à espécie o princípio da insignificância.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 220.422/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 15.10.2012).

No mais, persisto no entendimento firmado no *decisum* agravado.

Conforme destacado, a restrição das hipóteses de conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio encontra amparo na jurisprudência tanto deste Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer modo, tem-se analisado, de ofício, o apontado constrangimento ilegal, em respeito à princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa.

Reitero que, no caso concreto, não restou configurada nenhuma flagrante ilegalidade.

Firme nesta Corte o entendimento no sentido de que não há se falar em *bis in idem* na consideração da quantidade e natureza de droga para fixação da pena-base e para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação do redutor em fração aquém do seu máximo, mas sim na utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

Nesse sentido, são os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS EM SEU PATAMAR MÁXIMO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3.824 kg DE MACONHA E 570,86 g DE COCAÍNA). 3. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

2. Quanto a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, cabe frisar que a diretriz imposta pelo art. 42 da Lei 11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, também deve ser observada na aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS, admitiu a possibilidade de substituição, como também de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena, medida que seria compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.

4. No caso em apreço, entretanto, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, ainda que a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a fixação do regime prisional mais brando não se mostram adequadas, haja vista a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente, circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 238.794/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 5.9.2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA, VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR INIMPUTÁVEL. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. 1/2 (METADE). CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto, bem como a considerável quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas com o paciente, que contou com a participação de menor de idade na empreitada delitiva.

3. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO SOMENTE EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos', contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A gravidade inerente ao delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

TRÁFICO DE DROGAS COM O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. VIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO EM PARTE DEMONSTRADO.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

2. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal, constatada, contudo, a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por medidas alternativas, deve ser afastado o óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

3. Habeas corpus parcialmente concedido, para afastar o óbice legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime inicial mais benéfico (HC 181.037/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 6.3.2012).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELA CORTE DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/3. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Paciente condenado à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 333 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante com 16 invólucros de cocaína (16,4g).

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. **Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.**

4. **Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida, que não se mostra ínfima - 16 porções de cocaína (16,4g) - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).**

5. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

6. **Ordem de habeas corpus denegada** (HC 190.052/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 17.10.2012).

A propósito, confira-se o seguinte excerto do v. aresto recorrido:

"Diante disso, sou pelo acolhimento do pleito defensivo, decotando-se a causa de aumento do artigo supracitado, bem como pela aplicação da causa especial de diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33, da Lei Antidrogas, por ser o réu primário e possuir bons antecedentes.

Porém, aplico a causa de diminuição no patamar de 1/6 (um sexto), em razão da natureza e da quantidade do entorpecente apreendido (HC 155.765/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 25/04/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Destarte, não havendo causa de aumento e aplicando-se a aludida causa especial de diminuição no patamar de um sexto, fica a pena definitiva do recorrente em **05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**, valendo-me dos demais termos postos em primeiro grau" (fl. 49).*

Quanto à forma de início de cumprimento da reprimenda, não merece reforma o v. aresto recorrido, que está devidamente fundamentado nas circunstâncias do caso concreto.

A tempo, o seguinte trecho extraído do v. acórdão:

"Por fim, pretende o recorrente seja abrandado o regime prisional inicial para o semiaberto.

Acerca do tema, tenho firmado meu entendimento no sentido de que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena para os condenados por tráfico de drogas, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade, deve observar o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59, ambos do Código Penal, de modo que o estabelecimento do regime inicial fechado deve ser devidamente fundamentado.

Tal entendimento, aliás, foi acolhido, por maioria de votos, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na data de 27 de junho de 2012, que concedeu a ordem no Habeas Corpus (HC) 111840 e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07, o qual prevê que a pena por crime de tráfico será cumprida, inicialmente, em regime fechado.

Porém, em que pese poder averiguar o cabimento de regime menos gravoso diante das peculiaridades do caso em concreto, vislumbro que, para estes apelantes, o regime inicial fechado é o que melhor se adequa aos fins preventivos e repressivos da pena, diante das considerações que passo a discorrer.

Na hipótese dos autos, o apelante deve ser condenado à uma pena definitiva inferior a 08 (oito) anos de reclusão, sanção que em tese admite o cumprimento inicial em regime semiaberto, a teor do artigo 33, § 2º, alínea b, do CPB.

Avaliei, como preponderante, no caso da pena-base, a natureza e a quantidade da droga apreendida com ele (125 pedras de crack), sendo oportuno frisar que tenho considerado os males causados pelas drogas ilícitas em geral, em especial, as consequências do tráfico de crack, que é das mais gravosas à saúde e incolumidade pública, sendo responsável por uma verdadeira devastação social, com a proliferação das famosas 'cracolândias' (flagelos humanos) e o recrudescimento da violência urbana. A epidemia do crack motiva, além da promiscuidade, a prática de outros crimes pelo 'exército' de viciados que perambulam pelas ruas sob seus efeitos compulsivos, os quais não medem esforços para sustentar o próprio vício. Por isso, o traficante de crack - e todo aquele que colabora para a sua disseminação - merece tratamento mais rigoroso na fixação da pena, conforme as diretrizes do artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

42 da Lei nº 11.343/2006.

É o que preconiza o julgado a seguir:

'(...) Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína e do 'crack' em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes. (...)' (STJ, HC 179.086/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJe 14/04/2011).

Portanto, resta possível a averiguação da alteração do regime diante do caso concreto, mesmo que em se tratando de crime de tráfico de drogas; porém, refletindo sobre a hipótese posta em análise, tenho que o Apelante não é merecedor do regime semiaberto para inicialmente cumprir a pena.

Logo, deve cumprir sua reprimenda inicialmente em regime fechado" (fls. 49-50).

Sobre o mesmo tema:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (HC 237.570/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 18.2.2013).*

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO. RÉU PRESO EM FLAGRANTE. PRISÃO MANTIDA DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME MAIS GRAVOSO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. *O Recorrente foi condenado à pena de 07 anos, 01 mês e 02 dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, c.c o art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, porque preso em flagrante nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, quando estava prestes a embarcar em voo para África do Sul na posse de mais de dez quilos de cocaína, para fins de comércio ou entrega no exterior.*

2. *Quando a sentença condenatória reconhece categoricamente circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado, preso em flagrante e que assim permaneceu durante toda a instrução, impondo-lhe o regime inicial fechado de cumprimento de pena, não se vislumbra constrangimento ilegal na negativa do apelo em liberdade.*

[...]

4. *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.*

5. As instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixaram a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. *Recurso desprovido (RHC 32.501/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 28.2.2013).*

Por fim, em que pese a Resolução nº 5/2012 do Senado Federal ter suspenso a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a condenação imposta na ação penal de que aqui se cuida foi mantida em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, o que impede a substituição da pena privativa de liberdade, ante a ausência dos requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

Anoto, ainda, que a alegação de que o Tribunal de origem adotou fundamentos diversos da r. sentença em prejuízo ao paciente, causando-lhe constrangimento ilegal, não foi trazida no *writ* impetrado, tratando-se de inovação recursal. Assim, incabível seu exame na via eleita.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. MANDAMUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO BASEADA APENAS EM ELEMENTOS DO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 155 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. 3. EXCLUSÃO DAS MAJORANTES. INOVAÇÃO NA VIA RECURSAL. TEMA NÃO TRAZIDO NA IMPETRAÇÃO. NÃO CABIMENTO. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. Não há ilegalidade no acórdão condenatório que se fundamenta em substrato probatório produzido sob o pálio do contraditório judicial, não havendo se falar, portanto, em inobservância do art. 155 do Código de Processo Penal.

3. Segundo jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça a inauguração de temas não trazidos na impetração em agravo regimental configura indevida inovação recursal, razão pela qual não pode ser analisado o pedido de exclusão das majorantes do delito de roubo.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 218.575/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 4.12.2012).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. REEXAME DO CÁLCULO DA PENA. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. ART. 33, § 2º, B, DO CÓDIGO PENAL. REGIME SEMIABERTO.

1. Em sede de agravo regimental, não é possível examinar questões que não foram articuladas na petição inicial do habeas corpus, tampouco debatidas na decisão agravada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

4. *Agravo regimental improvido* (AgRg no HC 226.620/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 2.4.2012).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0215817-5

AgRg no
HC 256.819 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12011 30110000772 773720118080030

EM MESA

JULGADO: 12/03/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : EDSON ALVES MATIAS (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EDSON ALVES MATIAS (PRESO)
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.