



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.732 - DF (2012/0078263-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : PATRÍCIA CABRAL DOS SANTOS CANTANHEDE -
DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : PAULO ROBERTO LIMA DAMACENA

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. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. PATENTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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 natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 24,09 g de maconha e 4,75 g de *crack* -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

3. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza e quantidade das drogas, o *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. Devidamente fundamentada a negativa substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *In casu*, a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

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, expedindo, contudo, ordem de ofício, 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, 09 de abril de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.732 - DF (2012/0078263-2)

RELATORA	MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	PATRÍCIA CABRAL DOS SANTOS CANTANHEDE - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	PAULO ROBERTO LIMA DAMACENA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de PAULO ROBERTO LIMA DAMACENA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Apelação Criminal n.º 2011.01.1.020060-2).

Extrai-se dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, em razão do delito tipificado no artigo 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao apelo, nesses termos:

Na espécie, a pena-base foi razoavelmente definida em patamar pouco superior ao mínimo legal com fundamento na análise negativa da culpabilidade, motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, além da quantidade e natureza das drogas apreendidas. Pena-base sem necessidade de reparos. Confira-se:

“O réu agiu com culpabilidade. Sua ação merece reprovação e censura. A pena base deve extrapolar o mínimo legal previsto pelo legislador, porquanto as demais circunstâncias examinadas neste processo não lhe são de todo favoráveis. Noto que ele não possui antecedentes. Nada foi apurado no bojo destes autos em desfavor da sua conduta social irregular ou sua personalidade. Os motivos e as circunstâncias não o beneficiam. Vendeu droga e guardou parte dela em local público, de grande circulação de pessoas auferindo, com isso, lucro ilícito. As consequências devem ser valoradas contra o réu, pois apesar da polícia ter logrado êxito em apreender as drogas, sua natureza, especialmente do crack, droga potencialmente lesiva, autorizam, por si só, aumento da pena base. Por fim, vejo que a circunstância relativa ao comportamento da vítima, não pode ser computado em seu desfavor porque se trata do Estado, razão pela qual entendendo ser justo e necessário fixar a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Não existem circunstâncias atenuantes e nem agravantes a serem mensuradas nesta segunda etapa de aplicação da pena.

Diminuo-a, porém, nesta terceira etapa de sua aplicação em 1/3 (um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terço), por força da causa de diminuição da pena anteriormente reconhecida, razão pela qual torno a definitiva para o efetivo cumprimento em 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão em regime inicial fechado, com fundamento no artigo 33, § 2, letra "a", do Código Penal, acrescido dos rigores inovados pela Lei dos Crimes Hediondos. Esclareço que estabeleci patamar de diminuição abaixo do máximo por causa da análise das circunstâncias judiciais.”

Na segunda fase, não houve reduções ou majorações na pena. Na terceira fase da dosimetria da pena, reduziu-se a reprimenda em 1/3 pela causa especial do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, fração que se pretende aumentar.

Considere-se, em relação à causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que o legislador deu ao magistrado a possibilidade de modulá-la de acordo com o envolvimento do agente na atividade do tráfico de entorpecentes. Primeiro, vedou qualquer diminuição ao agente reincidente, ao que ostente maus antecedentes, ao que se dedique à atividade criminosa e ao que integre organização criminosa. Segundo, estendeu, aos que não se incluem nessas vedações, uma diminuição de pena variável de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Não estabeleceu o legislador os parâmetros para a escolha entre a menor e maior frações indicadas para a mitigação. Assim, o julgador deve perquirir o grau de envolvimento do agente na atividade do tráfico de entorpecentes. Quanto maior, menor a diminuição. Quanto menor, maior a diminuição. Por isso mesmo, o juiz pode livremente escolher a quantidade da redução a ser aplicada (de 1/6 a 2/3), não estando obrigado a vincular esse percentual à quantidade da pena-base fixada na sentença, desde que apresente adequada motivação. Não há falar, pela ausência de previsão legal, em inversa proporcionalidade entre a fixação da reprimenda básica e o percentual utilizado para a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Para estabelecer o grau de envolvimento do agente, hão de ser consideradas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no artigo 42 da Lei Antitóxicos, que determina preponderem, na fixação da pena, “a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Não haverá *bis in idem* na consideração das circunstâncias judiciais e do disposto no artigo 42 da Lei Antitóxicos para agravar a pena-base e também para negar a redução a maior 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.

Com efeito, consiste o vedado *bis in idem* em utilizar duas vezes o mesmo parâmetro para a mesma finalidade. Por exemplo, usar uma só condenação anterior como mau antecedente e também como reincidência para a só finalidade de agravar a pena. Mas a reincidência pode ser usada como agravante, na segunda fase, e, também, aliás por imperativo legal, como fator impeditivo, na terceira, da incidência do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, ou seja, o mesmo parâmetro, mas usado em momentos distintos para finalidades distintas (agravar a pena e impedir a incidência do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º).

Assim, as circunstâncias judiciais, especialmente a natureza e a quantidade da droga, podem ser usadas para agravar a pena-base e, depois, na terceira fase, para modular a incidência da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Aliás, a não se poder valorar as circunstâncias judiciais do artigo 59 para efeito de adequar a proporção de diminuição, sempre terá de se conceder, no máximo, a diminuição de 2/3, ficando letra morta a gradação proporcional exposta no mencionado § 4º (de 1/6 a 2/3).

Frise-se: a natureza mais destrutiva da saúde e a quantidade mais expressiva de droga, por si sós, são suficientes para modular a proporção da redução propiciada pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, já que indicam, obviamente, maior ou menor envolvimento do agente na atividade do tráfico de entorpecentes.

(...)

Na espécie, consideradas a natureza e a quantidade de substância entorpecente (3,93g de cocaína e 21,06g de maconha) mostra-se adequada a redução de 1/3 (um terço) efetivada na sentença.

Correto o regime inicial fechado, em face do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Apesar de inferior a quatro anos, inviável é a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, porque presente o óbice do inciso III do artigo 44 do Código Penal.

Com efeito, a referida substituição não é, na hipótese dos autos, socialmente recomendável.

A quantidade e a natureza das drogas (3,93g de cocaína e 21,06g de maconha) é razoável, revelando tráfico de proporção danosa à sociedade, que não pode ser identificado com um crime de menor gravidade e, portanto, não merece a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso (fls. 49/55).

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal diante da exasperação da pena-base acima do mínimo legal, bem como em razão da aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em patamar inferior a 2/3.

Assere que "a droga de maior quantidade apreendida foi a maconha e apenas um pouco mais de 4 gramas de *crack*" razão pela qual entende que "seria mais plausível aplicação da fração redutora máxima de 2/3" (fl. 4).

Defende ainda, a possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como de substituição a pena de reclusão por restritiva de direitos.

Requer "a fixação da pena base no mínimo legal ante a deficiência de fundamentação, a aplicação da fração máxima da causa de diminuição de pena, qual seja, de 2/3, (...) a concessão da ordem para que seja determinado o cumprimento de pena em regime aberto (art. 33, § 2º, "c" do Código Penal), bem como possa a pena de reclusão ser substituída



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal), de acordo com art. 648, inciso I do Código de Processo Penal" (fls. 9/10).

Foram prestadas informações às fls. 66/94.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocurador-Geral Raquel Elias Ferreira Dodge, pela denegação da ordem (fls. 97/102).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.732 - DF (2012/0078263-2)

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. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. PATENTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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 natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 24,09 g de maconha e 4,75 g de *crack* -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.
3. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza e quantidade das drogas, o *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
5. Devidamente fundamentada a negativa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
6. *In casu*, a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
7. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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)

In casu, observa-se que, após o julgamento da apelação, a Defesa formulou diretamente este *mandamus*. Não interpôs o recurso especial cabível.

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 natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 24,09 g de maconha e 4,75 g de *crack* (fl. 12) -, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 natureza e da 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:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Quanto ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, não há nada a retificar no acórdão atacado, porquanto o estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade e a natureza das drogas apreendida - 24,09 g de maconha e 4,75 g de *crack* (fl. 12).

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

"Art. 42. 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, concretamente fundamentado o *quantum* de diminuição referente à causa especial prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, não há que se falar em ilegalidade.

A respeito disso, já decidiu esta Corte que, fundamentada a aplicação da pena, fixar outro montante de redução demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

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, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a variedade e a quantidade das substâncias apreendidas - 65,71g de "maconha" e 16,56g de "merla" - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do 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.

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho o seguinte julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

No mais, mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 – quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – prevista no artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis* :

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Dessarte, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expandido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 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 nº 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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 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 nº 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na hipótese vertente, entretanto, tenho que negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foi devidamente fundamentada, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

Verifica-se, *in casu*, que a benesse foi negada ao paciente pelas instâncias ordinárias em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas - 24,09 g de maconha e 4,75 g de *crack* (fl. 12) - substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse diapasão, as instâncias de origem entenderam ser necessária uma resposta penal mais efetiva, porquanto a natureza e a quantidade das drogas comercializadas demonstram que a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

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. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. RECURSO IMPROVIDO.

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, inciso 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. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a natureza e a quantidade de droga apreendida, fatos concretos que autorizam a majoração da reprimenda inicial no patamar adotado, respeitados os limites de discricionariedade do magistrado, inexistindo, no ponto, flagrante constrangimento ilegal a ser sanado. Precedente.

3. Verificando-se que pena-base foi fixada acima do mínimo legal em função da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, justificados estão, a fixação de regime inicial de cumprimento mais rigoroso que o previsto em lei e a vedação de substituição da pena.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 221.478/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 26/02/2013)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, entretanto, assiste razão à impetrante. Com efeito, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Consoante esposado alhures, tal questão foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, o que não ocorreu na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, realizada em 9.4.2013, colheu-se a informação de que a condenação do paciente transitou em julgado. Assim, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *writ*. **Concedo a ordem, de ofício**, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de entorpecentes, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0078263-2

HC 239.732 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20110110200602

EM MESA

JULGADO: 09/04/2013

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: PATRÍCIA CABRAL DOS SANTOS CANTANHEDE - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: PAULO ROBERTO LIMA DAMACENA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, 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.