



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.612 - SP (2014/0085347-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REINALDO CORREA

EMENTA

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. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ALUSÃO A ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, 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. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).
3. É legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.
4. Não foram arrolados dados concretos a justificar a majoração da pena em razão das circunstâncias judiciais referentes à conduta social, à personalidade, aos motivos e às consequências do crime, haja vista que o Juízo de primeiro grau teceu, tão somente, considerações vagas e genéricas, completamente dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, limitando-se a fazer alusão a elementos ínsitos ao tipo penal em testilha, a saber, o tráfico de drogas.
5. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime inicial diverso do fechado e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
6. Devidamente fundamentada a imposição do regime fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base em elementos concretos dos autos, diante da quantidade e da natureza das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0010969-70.2013.8.26.0050 para 1 ano, 9 meses e 20 dias de reclusão e 180 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 11 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.612 - SP (2014/0085347-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REINALDO CORREA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de REINALDO CORREA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0010969-70.2013.8.26.0050).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 194 dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática da conduta delituosa tipificada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...) reconhecidas autoria e materialidade do crime de tráfico de substâncias entorpecentes imputado ao acusado, o decreto condenatório é medida que se impõe. Atendendo ao método trifásico de aplicação da pena, passo a fixá-la. Na primeira fase, atento às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, quais sejam, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como comportamento da vítima, conjugadas com as circunstâncias previstas no artigo 42 da Lei n.º 11.343/06 (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"), em especial a natureza e a quantidade de substância entorpecente, entendo que a pena do acusado não deva ser fixada no mínimo legal. (...) Elaboradas as premissas, portanto, passo à individualização da pena nesta primeira fase, tendo por parâmetro o artigo 59 do Código Penal conjugado com o artigo 42 da Lei n.º 11.343/06. No tocante aos antecedentes do acusado, verifica-se que o mesmo não possui antecedentes criminais, sendo primário e de bons antecedentes, sem qualquer mácula desabonadora em seu passado. No concernente à conduta social personalidade do agente, verifica-se a total reprovabilidade de sua conduta, na medida em que o crime praticado, além de hediondo, atinge população inocente, na maioria das vezes crianças e adolescentes em formação, de forma a desestruturar lares e famílias inteiras, sem saber como lidar com a drogadição dos filhos. Como motivo do crime, apenas se pode vislumbrar a ganância que moveu o agente em sua conduta altamente reprovável, violadora dos mais mezinhos sentimentos de humanidade e justiça, que objetivou obter dinheiro fácil, em detrimento do trabalho. Ressalte-se, ademais, que as consequências do crime, para os usuários e seus familiares é evidente, tratando-se atualmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de um verdadeiro "câncer" em nossa sociedade e de difícil combate pelas autoridades públicas. No tocante à natureza e à quantidade do entorpecente (artigo 42 da Lei nº 11.343/06), verifica-se que a reprimenda deve ser exacerbada, posto que, consoante comprovado nos autos, o réu se dedicava à venda, além da maconha, de cocaína e crack, substâncias entorpecentes de maior nocividade quando comparadas com a maconha, por exemplo. Afinal, traficar maconha não é a mesma coisa que traficar anfetaminas, ecstasy, cocaína ou crack. Ora, a natureza das drogas é completamente diferente e, por isso, sua disseminação entre a população traz diferentes consequências. O mundo científico é certo em suas ponderações, in verbis: (...)
<http://www.brasilecola.com/drogas/cocaina.htm>). Dessa forma, é inconteste, que a traficância de substâncias com maior potencial lesivo, como a cocaína, o crack e a heroína, devam ser mais severamente reprimidos do que a comercialização da maconha, eis que as consequências impostas à saúde da população atingida são diferentes. Ademais, é de se ressaltar que a quantidade de droga apreendida justificaria, por si só, a exacerbação da pena base. Desta forma, à vista da argumentação acima expendida e observados os elementos constantes dos autos, fixo a pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, isto é, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Na segunda fase, não vislumbro presente qualquer circunstância agravante ou atenuante a ser considerada, de modo que a pena anteriormente fixada permanece inalterada. Na terceira fase, inexistem causas de aumento a serem consideradas, porém há a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, posto que o acusado é primário, não registra Maus antecedentes, bem como não há nos autos demonstração inequívoca de que o acusado integre organização criminosa e se dedique às atividades ilícitas. Desta forma, entendo seja suficiente a aplicação da causa de diminuição no patamar máximo de 2/3 (dois terços), perfazendo a pena do acusado o montante final de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa. Entendo que o regime mais adequado ao cumprimento da reprimenda corporal seja o fechado, não se podendo falar, ainda, em substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, em casos como o trazido a julgamento, relativamente ao crime equiparado a hediondo, de tráfico ilícito de entorpecentes. Explico. O plenário do E. Supremo Tribunal Federal, em 1.º/09/2010, ao julgar o Habeas Corpus nº 97.256/RS, reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da parte final do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, bem como da análoga expressão contida no § 4.º do artigo 33 daquela mesma norma, passando a admitir que, nos crimes de tráfico de menor potencial ofensivo, o juiz sentenciante, numa empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo, pode substituir a pena privativa de liberdade abstratamente cominada para o crime por penas restritivas de direitos. Na sequência o Senado Federal, através da Resolução nº 5/12, publicada em 16/02/2012, suspendeu a execução da expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos, contida no último dispositivo legal acima mencionado. Em 10/05/2012 a Suprema Corte também declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão e liberdade provisória, contida no caput do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, passando a admitir a concessão de liberdade provisória aos acusados da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática dos crimes de tráfico, salvo quando presentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal (HC n.º 104.339/SP, Rei. Min. Gilmar Mendes). Noutra decisão mais recente, proferida nos autos do Habeas Corpus n.º 111.840/ES, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo ofensa à garantia constitucional da individualização da pena, fez a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1.º do artigo 2.º da Lei n.º 8.072/90, afastando a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (j. 27/06/2012, rel. Min. Dias Toffoli). Desta forma, é de se concluir que, embora tenha havido um "esvaziamento" na legislação pertinente que impunha maior repressão estatal aos crimes hediondos, é de se ressaltar, com base nos julgados acima que competirá sempre ao Magistrado definir, baseado em "empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo", o regime inicial de cumprimento de pena ao qual estará sujeito o acusado, em total aplicação da previsão constitucional de individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal). No caso nos autos, analisando as circunstâncias objetivas da infração cometida, entendo que não seja o caso de fixar regime menos gravoso, embora a pena aplicada permita, objetivamente, referida fixação, nos termos do artigo 33, e incisos, do Código Penal. Ora, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é equiparado a hediondo, sendo de extrema gravidade, gerando consequências deletérias às famílias de dependentes químicos, bem como de toda a sociedade, posto que o tráfico ilícito de entorpecentes é a mola propulsora de diversos crimes, em especial aqueles contra o patrimônio, tais como furtos, roubos, extorsões e latrocínios. Ademais, o tráfico de drogas objetiva, quase sempre crianças e adolescentes, os quais ainda possuem personalidade em formação, acarretando, conseqüentemente, desestruturação de toda uma geração, em evidente prejuízo ao progresso e desenvolvimento sociais. Aliás, deve ser ressaltado que, **o simples fato de se aplicar o redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 não implica, inexoravelmente, em direito subjetivo do acusado à fixação de regime menos gravoso, o qual se dá nos termos já esposados, em cotejo com o disposto no artigo 59 do Código Penal ("O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime") e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06 ("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")**. A propósito, nesse sentido a jurisprudência, destacando-se que o segundo argumento continua plenamente válido, *in verbis*: "No concernente ao regime prisional impositivo à espécie, também se mostra correta a fixação do inicial fechado (Lei nº 11.464/07), por duas razões principais: a uma, porque o regime fechado foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o crime de tráfico de entorpecentes equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

familiar" (TJSP, Apelação nº 0011111-87.2008.8.26.0361, 12ª Câmara de Direito Criminal, Rei: Des. Paulo Rossi, j. 1º/07/2009, grifei). Portanto, no caso dos autos, em obediência ao princípio da individualização da pena, **entendo não haver outro regime adequado ao início de cumprimento da reprimenda corporal que não o REGIME INICIAL FECHADO, nos termos do artigo 33, § 1º, alínea a, do Código Penal.** Pelos mesmos motivos já alinhavados, **entendo não ser o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal, por entender que a substituição pretendida não é suficiente e eficaz à repressão do delito cometido, nos termos do inciso III do mencionado artigo.** Entendo, ainda, inaplicável, pela mesma razão, a suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77 do Código Penal. Ressalte-se, ademais, que a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, permite a progressão a criminosos primários que tenham cumprido 2/5 (dois quintos), ou seja, 40% (quarenta por cento) da pena imposta, assim como a progressão a criminosos reincidentes que tenham cumprido 3/5 (três quintos), ou seja, 60% (sessenta por cento) da pena imposta, pelo que caberá ao juízo da execução, na oportunidade própria, aferir se o acusado tem condições ou não para a progressão do regime fechado para o semi-aberto. (...) (fls. 18/25) (grifou-se).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo da defesa, em aresto assim fundamentado:

As penas não merecem qualquer reparo.

A pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal, em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Sem razão o recorrente ao postular a fixação da pena-base no mínimo legal, pois, como já adotado na r. sentença recorrida, diante da natureza e da expressiva quantidade de drogas encontradas com ele, sua conduta merece maior reprovabilidade, tendo em vista o enorme efeito lesivo dos entorpecentes aos usuários, principalmente a cocaína e o crack, conforme fartamente fundamentado pelo Juiz sentenciante.

Conforme regra prevista no art. 42, da lei de drogas, na fixação das penas, não são só as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, que devem ser consideradas, mas também a natureza e a quantidade de droga apreendida.

Ausentes agravantes e atenuantes, na terceira fase, foi reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, com redução pela 2/3, resultando 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, no valor unitário mínimo, visto que o acusado é primário, não registra maus antecedentes e não há provas que ele se dedica à atividades criminosas, nem integra organização criminosa. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a suspensão condicional da pena para o delito de tráfico de entorpecentes, em face do inciso III, do art. 44 do Código Penal.

Por outro lado, o regime inicial fechado é mesmo o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, não sendo o caso de alteração para o regime aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso porque o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso (fls. 35/36).

No presente *mandamus*, o impetrante pretende seja a pena-base fixada no mínimo legal, seja estabelecido o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 45/46.

Foram prestadas as informações às fls. 54/64 e 66/102.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Wagner Natal Batista, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela "concessão da ordem, de ofício, apenas para que seja fixado regime inicial de cumprimento de pena em observância ao disposto no art. 33, e parágrafos, c/c o art. 59, do Código Penal" (fl. 111).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.612 - SP (2014/0085347-8)

EMENTA

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. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ALUSÃO A ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, 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. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).
3. É legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.
4. Não foram arrolados dados concretos a justificar a majoração da pena em razão das circunstâncias judiciais referentes à conduta social, à personalidade, aos motivos e às consequências do crime, haja vista que o Juízo de primeiro grau teceu, tão somente, considerações vagas e genéricas, completamente dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, limitando-se a fazer alusão a elementos ínsitos ao tipo penal em testilha, a saber, o tráfico de drogas.
5. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime inicial diverso do fechado e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
6. Devidamente fundamentada a imposição do regime fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base em elementos concretos dos autos, diante da quantidade e da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0010969-70.2013.8.26.0050 para 1 ano, 9 meses e 20 dias de reclusão e 180 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Ab initio, cumpre 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.

Cumpre destacar que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na seqüência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada.

(HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.

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

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - 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.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados.

(HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Assim, não obstante se admita a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente mandamus tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o habeas corpus presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumenta-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012)

Na espécie, verifica-se que a pena-base do paciente foi majorada em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, bem como em razão da valoração negativa da conduta social, da personalidade, dos motivos e das conseqüências do crime.

Mister salientar, inicialmente, que é legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida. Com efeito, o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 determina 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".

É que tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Quanto à legitimidade da exasperação da pena, na primeira fase de sua individualização, com fulcro na quantidade e natureza das drogas, cumpre colacionar os seguintes precedentes deste Sodalício, a título ilustrativo:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VÍDEO CONFERÊNCIA. PRINCÍPIO DA PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO. VIDEOCONFERÊNCIA REALIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 11.900/2009. MEDIDA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LEGALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DA MINORANTE FUNDAMENTADA NA EXPRESSIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE ENCONTRADA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DESCABIMENTO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 33 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI ANTIDROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44, I DO CÓDIGO PENAL.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Segundo a legislação penal em vigor, revela-se imprescindível, quando alegada a nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio da *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563, do Código de Processo Penal. Precedentes.

IV - Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, na graduação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga apreendida na posse do Acusado, são preponderantes às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, não configurando ilegalidade seu arbitramento acima do mínimo legal, ainda que primário e com bons antecedentes. Precedentes.

V - Revela-se acertada a consideração da quantidade e natureza da droga apreendida - 13,9 kg (treze quilos e novecentos gramas) de cocaína -, para fins de aferição do percentual da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. Precedentes.

VI - Na hipótese de tráfico privilegiado, não enseja *bis in idem* a valoração da natureza e quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto tendente a impossibilitar a aplicação do redutor (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), em seu grau máximo. Precedentes.

VII - Não se configura flagrante ilegalidade a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante da quantidade e natureza do entorpecente apreendido em poder do Paciente. Precedentes.

VIII - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IX - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC 222.037/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 14/04/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA POR RELATOR. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO REMÉDIO HERÓICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

(...)

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA ENCONTRADA. MAJORAÇÃO DEVIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06.

1. Conforme a remansosa jurisprudência deste Tribunal Superior, o montante de entorpecente apreendido, nos termos do que dispõe o art. 42



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n. 11.343/06, prepondera sobre as circunstâncias judiciais, sendo devido o aumento implementado na primeira fase da dosimetria da pena, ainda que favoráveis todas as balizas previstas no art. 59 do CP.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI ANTITÓXICOS. RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. "São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições - como no caso, em que o Paciente é reincidente -, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante." (HC 206.674/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 222.544/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 12/02/2014)

Todavia, com relação às circunstâncias judiciais referentes à conduta social, à personalidade, aos motivos e às consequências do crime, não foram arrolados dados concretos a justificar a exasperação da pena, haja vista que o Juízo de primeiro grau teceu, tão somente, considerações vagas e genéricas, completamente dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, limitando-se a fazer alusão a elementos ínsitos ao tipo penal em testilha, a saber, o tráfico de drogas, o que configura constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem, de ofício. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO CONCEDIDA NA ORIGEM. PREJUDICADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime ou com fundamento em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

3. A mera alegação de que o paciente guardava a droga em sua própria residência, sem a indicação de qualquer elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, não autoriza concluir-se pela desfavorabilidade da circunstância judicial da culpabilidade.

4. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de não culpabilidade. (Incidência da Súmula n. 444/STJ).

5. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.

6. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo, bem como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis do crime.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 3 anos de reclusão e pagamento de 50 dias-multa. Prejudicado o pedido de progressão de regime, pela perda de objeto.

(HC 61.007/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO NOS TERMOS DO ART. 600, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS DEVIDAMENTE INTIMADO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DO PRAZO RECURSAL A OUTRO DEFENSOR QUANDO JÁ CONSUMADA A PRECLUSÃO TEMPORAL. 2. DOSIMETRIA REALIZADA DE FORMA EQUIVOCADA. VALORAÇÃO DA CULPABILIDADE CONSTANTE NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL DE TRÁFICO. PATENTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 3. AGRAVO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÊU.

1. É facultado à parte interpor o recurso de apelação com a apresentação das razões recursais perante o Tribunal de Justiça, conforme disposição do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Inexiste nulidade, se o advogado constituído do réu, a despeito de regularmente intimado pela imprensa oficial, permanece inerte e não apresenta as razões de apelação.

2. O substabelecimento a novo advogado, após o transcurso do prazo para a apresentação das razões do recurso de apelação, não impõe a reabertura do lapso para o protocolo da peça processual e nem obriga à intimação do novo causídico para fazê-lo, haja vista a ocorrência de preclusão lógica (perda de uma faculdade processual), recebendo o defensor o processo no estado em que se encontra. A inércia do advogado constituído pelo réu, que perde o prazo para a apresentação das razões recursais, não é causa de suspensão ou interrupção de prazos.

3. A reabertura de prazo recursal para advogado constituído após a perda do lapso recursal pelo causídico anterior viola os princípios da celeridade processual, da segurança jurídica, da razoabilidade, da lealdade processual e da boa-fé objetiva, por permitir manobras ardilosas objetivando a reabertura de prazo recursal diante da inércia da defesa dentro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do prazo previsto em lei.

4. Patente ilegalidade constante na dosimetria da pena, haja vista a culpabilidade ter sido valorada com base no conceito analítico de crime, bem como em razão de os motivos - lucro fácil - e as consequências - prejuízo à saúde pública - serem inerentes ao tipo penal de tráfico de drogas. Possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício, com extensão da ordem ao corrêu, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Concessão de habeas corpus de ofício, para redimensionar a pena do agravante para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, com extensão da ordem ao corrêu Jaime Andrade Carvalho, cuja pena vai definida em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(AgRg no Ag 1319158/TO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013)

Imprescindível, portanto, o decote do incremento sancionatório.

Procedo, pois, à nova dosimetria: fixo a pena-base em 5 anos e 5 meses de reclusão, mais 541 dias-multa. Na segunda fase da individualização da pena, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira fase, reduzo a pena em 2/3, em razão da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, tornando-a definitiva em **1 ano, 9 meses e 20 dias de reclusão e 180 dias-multa**.

No mais, cumpre salientar, inicialmente, que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 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 art. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO 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)

Diante disso, 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 expendido, 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 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 nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 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 e por este Superior Tribunal 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 o regime inicial fechado e negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, foram devidamente fundamentados, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

Com efeito, eis a fundamentação adotada pelo Magistrado sentenciante:

(...) o simples fato de se aplicar o redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 não implica, inexoravelmente, em direito subjetivo do acusado à fixação de regime menos gravoso, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual se dá nos termos já esposados, em cotejo com o disposto no artigo 59 do Código Penal ("O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime") e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06 ("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"). (...) Portanto, no caso dos autos, em obediência ao princípio da individualização da pena, **entendo não haver outro regime adequado ao início de cumprimento da reprimenda corporal que não o REGIME INICIAL FECHADO, nos termos do artigo 33, § 1º, alínea a, do Código Penal. Pelos mesmos motivos já alinhavados, entendo não ser o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal, por entender que a substituição pretendida não é suficiente e eficaz à repressão do delito cometido, nos termos do inciso III do mencionado artigo (fl. 24).**

Verifica-se, *in casu*, que foi fixado o regime inicial mais gravoso e negado o benefício da substituição da pena em razão das circunstâncias do caso concreto, é dizer, diante da quantidade e da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, o que ensejou, inclusive, o recrudesimento da pena-base.

Com efeito, o Juízo de primeira instância fez expressa referência ao art. 42 da Lei de Drogas, 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".

Nesse diapasão, o Magistrado sentenciante entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, porquanto as circunstâncias concretas do caso em testilha demonstram que o estabelecimento de regime diverso do fechado e a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos não seriam suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Devidamente fundamentada a imposição do regime fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base em elementos concretos dos autos, diante da quantidade e da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 23 invólucros de cocaína, com peso aproximado de 16 g; 18 pedras de *crack*, com peso aproximado de 2,5 g; e 21 porções de maconha, pesando aproximadamente 43 g (fl. 13) - (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado. Nessa senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.
CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

5. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, 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".

6. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 294.565/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. **Concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0010969-70.2013.8.26.0050 para **1 ano, 9 meses e 20 dias de reclusão e 180 dias-multa**, , mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0085347-8

HC 292.612 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00109697020138260050 109697020138260050 20140000099411

EM MESA

JULGADO: 11/11/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **FATIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REINALDO CORREA

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.