



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 251.574 - ES (2012/0170839-7)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : ELIAS SANTIAGO RODRIGUES
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. **1.** APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DIVERSIDADE E RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NATUREZA ALTAMENTE LESIVA. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **2.** MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. **3.** RECURSO IMPROVIDO.

1. Para a aplicação da causa especial de redução no patamar de 1/3 (um terço), considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime, consubstanciada na quantidade da droga apreendidas, apta a atingir número bem maior de usuários – qual seja, 291,5g de maconha e 3,3g de **crack** –, entorpecentes de alto poder alucinógeno e viciante. Essa conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento ilegal passível de ser remediado por meio deste **writ**, pois foram mencionados fatos concretos que autorizam a fração adotada, respeitados os limites de discricionariedade do magistrado.

2. A identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos no § 2º do art. 33 do Diploma Repressivo.

3. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, a despeito da pena fixada ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a modificação do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos não se mostram adequadas, haja vista a quantidade e natureza das drogas apreendidas. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 251.574 - ES (2012/0170839-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto por Elias Santiago Rodrigues contra decisão unipessoal, de minha lavra, que negou seguimento ao **habeas corpus**, nos termos do art. 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Elias Santiago Rodrigues, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática da conduta descrita no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

Contra essa decisão insurgiu-se a defesa, tendo a Primeira Câmara Criminal dado parcial provimento ao recurso para fixar o regime inicial semiaberto.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante tratar-se "de réu primário, cujas circunstâncias judiciais ordinárias lhe são favoráveis, não tendo razão para lhe ser aplicado o regime de cumprimento de pena inicial semiaberto, nem lhe ser negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como afastada a minorante específica no seu grau máximo" (fl. 2).

Diante disso, busca a modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, seja aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo, bem assim substituída a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Não houve pedido liminar.

Prestadas as informações (fls. 111/119), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pela denegação da ordem (fls. 39/46).

Brevemente relatado, decido.

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando no inciso LXVIII do art. 5º que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.) Em razão disso, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário (AgRg no HC n.º 239.957/TO, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11/6/2011 e HC n.º 201.483/SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 27/10/2011)

Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

104.045/RJ Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, a par de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

O pedido não merece acolhimento.

Assim de manifestou o magistrado de primeiro grau ao efetuar a dosimetria da pena (fls. 35/36):

Consta ainda dos autos que o laudo realizado nas substâncias apreendidas indicou tratarem-se de maconha (291,5 g) e **crack** (3,3 g), sendo certo que em poder do réu, mais especificamente em seu bolso, foram apreendidos 78 (setenta e oito) buchas de maconha, bem como 34 (trinta e quatro) pedras de **crack** enterradas no quintal da sua casa.

[...]

Inexistem atenuantes, agravantes e causas de aumento de pena a serem levadas em consideração. Contudo verifico que o acusado é tecnicamente primário, não possui antecedentes criminais e não se dedica ou integra organizações criminosas, militando em seu favor a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, pelo que diminuo a pena ora aplicada em 1/3 (um terço).

A pena ora aplicada deverá ser cumprida em regime 'inicialmente fechado', por força do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (crime hediondo), com redação dada pela Lei 11.464, de 28/03/2007.

Quanto à hipótese de substituição das penas restritivas de liberdade por restritivas de direitos, não tenho como aplicá-la no presente caso, pois a conduta do acusado, que possuía expressiva quantidade de entorpecentes destinados à mercancia - 78 (setenta e oito) buchas de maconha e 34 (trinta e quatro) pedras de **crack**, bem como o contexto da apreensão, em local conhecido como "boca de fumo", não se amolda à hipótese em que se faz suficiente tão somente o cumprimento das penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direito, como previu o legislador do inciso III do artigo 44 do Código Penal.

Disse o Tribunal de Justiça, por sua vez (fls. 61/62):

Em que pese ser esta a fração mínima prevista pra redução da pena, mantenho-a, já que, pelo que consta dos autos, o recorrente está, há mais de um ano, envolvido no esquema de traficância descoberto pelos policiais. A droga era enterrada por um terceiro, que indicava sua localização ao recorrente. Este, por sua vez, determinava que os menores (apreendidos) fossem buscar a droga e a levassem até a residência do apelante, que as comercializava, merecendo, portanto, sua conduta, maior reprovabilidade. Desta feita, entendo que não cabe, no caso, abrandamento da reprimenda do apelante.

No que concerne ao pleito de modificação do regime prisional fixado, verifico que assiste, neste ponto, razão à defesa. Afinal, comungo do entendimento, mesmo nos casos de crime de tráfico ilícito de drogas, deve ser o princípio constitucional de individualização da pena, deixando de aplicar a norma disposta no art. 2º da lei 8.072/90, para considerar o disposto no art. 33 do CP. No caso, em que pese a quantidade de pena fixada, verifico que as circunstâncias do caso, sobretudo a quantidade e variedade de droga apreendida, impedem a fixação do regime prisional mais brando, sendo mais adequado á hipótese, o regime prisional semiaberto.

Muito embora entenda pela possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de crime de tráfico, entendo ser incabível, na presente hipótese, a substituição já que o requisito subjetivo (inc. III do art. 44 do CP) não fora preenchido pelo recorrente, em razão da quantidade e diversidade de entorpecente com ele apreendido.

Como se vê, muito embora o magistrado **a quo** tenha reconhecido que o paciente preenche os requisitos exigidos para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, aplicou-a na fração de 1/3 (um terço).

No particular, atentemos para o fato de que "O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo." (HC n.º 105.950, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 1º/2/2011). Ademais, para se desconstituir o que ficou estabelecido pelas instâncias ordinárias, de forma a permitir a aplicação da causa de diminuição na fração máxima, mostra-se necessário o reexame completo e detalhado dos fatos e provas constantes dos autos, procedimento totalmente incompatível com os estreitos limites do **habeas corpus**, remédio constitucional caracterizado pelo rito célere e por não comportar dilação probatória. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. [...]. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. [...]. ORDEM DENEGADA.

[...].

VII. A análise do pleito de alteração da fração da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal.

[...].

XI. Ordem denegada.

(HC n.º 219.754/PR, Relator o Ministro **Gilson Dipp**, DJe de 10/5/2012.)

Melhor sorte não assiste ao impetrante quanto ao pedido relativo à alteração do regime de cumprimento de pena, pois a jurisprudência desta Corte se inclina pelo não abrandamento ante as disposições legais contidas no art. 42 da Lei 11.343/2006. Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO. APLICADO O REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA (70 GRAMAS DE CRACK). PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

[...]

3. Na espécie, o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, em atenção à quantidade e à natureza da droga apreendida.

4. Condenado o paciente por tráfico de significativa quantidade de droga (70 gramas de crack), cuja natureza é extremamente devastadora, e tendo sido fixada a pena-base acima do mínimo legal, o regime mais adequado à espécie é o fechado, ainda que a pena imposta seja de 3 anos e 6 meses.

5. Ordem denegada.

(HC n.º 213.604/ES, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 30/4/2012.)

Por fim, pelos mesmos motivos adredes delineados, incabível o pedido relativo à substituição da sanção reclusiva por medidas restritivas de direitos.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, nego seguimento à impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em suas razões, sustenta o agravante que "apesar das inúmeras decisões de restrição do cabimento do **habeas corpus**, sobretudo quando substitutivo de recursos taxativamente cabíveis, tanto no âmbito do Tribunal de Cidadania, quanto proferidas pelo Pretório Excelso, ainda não seria possível afirmar que se trata de posição sedimentada na jurisprudência pátria" (fl. 146).

Destaca, outrossim, que o Tribunal "ao manter a referida minorante, acrescentou motivação prejudicial ao recorrente. Ao assim proceder, inovando com fundamentos negativos, [...] gerou constrangimento ilegal de magnitude superior ao ato processual por ele revisto" (fl. 149), e que "o recorrente é merecedor do patamar máximo na redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas" (fl.151).

Argumenta, também, "que a substituição foi afastada com base na quantidade de droga apreendida, motivação já utilizada no momento da fixação do regime de cumprimento da pena" e que "o caso em debate retrata clara dupla valoração negativa, o que caracteriza **bis in idem**" (fl. 152).

Por fim, asseve que, "considerando a pena imposta ao recorrente, segundo os ditames do Código Penal, seria possível a aplicação do regime aberto e a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos" (fl. 155).

Diante dessas considerações, pede a retratação da decisão ou, caso assim não se entenda, seja o presente recurso submetido à Quinta Turma desta Corte a fim de conceder a ordem de **habeas corpus**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 251.574 - ES (2012/0170839-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A insurgência não merece prosperar.

No que concerne à suposta ofensa ao princípio da colegialidade, importante destacar, num primeiro momento, que tanto o Código de Processo Civil, em seu art. 557, **caput**, quanto o Regimento Interno deste Tribunal Superior, art. 34, inciso XVIII, admitem a prolação de decisões monocráticas nos casos que discriminam.

Note-se que, em sua gênese, o art. 557 do Código de Processo Civil já buscava otimizar a prestação jurisdicional. Ainda que de forma tímida e com espectro restrito, seu desiderato era claramente o de impedir o acúmulo dos agravos de instrumento. Confira-se:

Art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.

Parágrafo único - Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia.

Com inspiração no dispositivo, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, embora somente no âmbito da Excelsa Corte, deu um passo a frente ao ampliar os poderes do relator para também negar seguimento a qualquer recurso, incluindo o recurso extraordinário.

Essa previsão, sem grandes diferenças, também fez-se constar na edição da Lei n.º 8.038/1990 e no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Finalmente, avançando ainda mais, chegou-se à edição da Lei n.º 9.756/1998, que alterou referido artigo, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Na dicção atual, portanto, o relator além de negar seguimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula do próprio Tribunal ou Tribunal Superior, poderá também negar seguimento quando houver confronto com jurisprudência dominante do Tribunal respectivo, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Assim, não há se falar em ofensa ao princípio da colegialidade, pois, conforme delineado acima, este relator estava autorizado, 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 Regimento Interno desta Corte, a negar seguimento ao **habeas corpus**, pois em confronto com a jurisprudência dominante desta Corte.

Destaco, ademais, que se tem entendido que o referido princípio ficará sempre preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, confira-se manifestação do Ministro Celso de Mello, proferida no julgamento do **habeas corpus** n.º 96.418/CE, transcrito no informativo 605 do Supremo Tribunal Federal:

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA. COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DELEGADA, EM SEDE REGIMENTAL, PELA SUPREMA CORTE (RISTF, ART. 192, CAPUT, NA REDAÇÃO DADA PELA ER Nº 30/2009). ATRIBUIÇÃO ANTERIORMENTE CONSAGRADA NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (LEI Nº 8.038/90, ART. 38; CPC, ART. 557). AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. (...). Nem se alegue que essa orientação implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Assim, não há se falar também em não observância do art. 202 do Regimento Interno desta Corte, pois o caso dos autos se enquadra na hipótese do art. 34, inciso XVIII, do Regimento, o que mitiga a necessidade de levar o processo à Turma, legitimando seu julgamento monocrático.

Quanto ao mais, observa-se que, para a manutenção da fração de redução da reprimenda em seu mínimo, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, considerou-se, em especial, a gravidade concreta do delito, consubstanciada na quantidade e natureza da droga apreendida – 291,5g (duzentos e noventa e um grama e cinco decigramas) no de maconha e 3,3g (três gramas e três decigramas) de **crack** –, entorpecentes de alto poder alucinógeno, em quantidades aptas a atingir grande número de usuários.

Essa conjuntura afasta, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste **writ**, pois não se mostra possível nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei. Ao ensejo: HC n.º 203.507/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 5/9/2012.

Não há que se falar, outrossim, em indevida violação do princípio do **ne bis in idem** na consideração da natureza e quantidade da droga em mais de uma etapa da dosimetria da pena, pois se trata de utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos, conforme entendimento pacífico desta Corte.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE, NO PATAMAR DE 1/2 (METADE), EM DECORRÊNCIA DE DUAS MAJORANTES DO ART. 40 DA LEI N.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). MINORANTE APLICADA EM GRAU INTERMEDIÁRIO. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE E ALTO PODER VICIANTE DA DROGA (COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 05 anos e 03 meses de reclusão, em regime fechado, e 525 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, c.c. o art. 40, incisos III e VI, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 13/06/2008, com 32 invólucros de cocaína, além de R\$ 200,00 e uma nota de dez dólares. Na ocasião, foi apreendido um adolescente, que detinha R\$ 192,00 e traficava com o Apenado.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

[...]

7. Ordem parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para 04 (quatro) anos e 01 (um) meses de reclusão.

(HC n.º 156.060/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 2/12/2011.)

Relativamente ao pedido de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, melhor sorte não assiste ao agravante, haja vista que, a despeito de a sanção imposta ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o Tribunal **a quo**, sustentou fundamentadamente que "as circunstâncias do caso, sobretudo a quantidade e variedade de drogas, impedem a fixação do regime prisional mais brando, sendo mais adequado a hipótese, o regime prisional semiaberto" (fl. 61), o que justifica, nos termos da jurisprudência desta Corte, a fixação de regime mais rigoroso do que o inicialmente previsto na lei.

Neste sentido, confira-se o seguinte precedente:

PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO. APLICADO O REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGA (16 KG de MACONHA). ORDEM DENEGADA.

1. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, no caso concreto, a fixação do regime aberto, ou semiaberto, não se mostra razoável.

2. É que a quantidade significativa de droga apreendida atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

[...]

4. Condenado o paciente por tráfico de expressiva quantidade de droga (16 quilos de maconha), o regime mais adequado à espécie é o fechado, ainda que a pena imposta seja de 2 anos e 6 meses de reclusão. Cumpre, ainda, mencionar que o paciente também foi condenado por porte ilegal de arma à pena de 1 ano de detenção, em regime aberto.

5. Ordem denegada.

(HC n.º 212.864/MS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 16/5/2012.)

Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, igualmente não assiste razão ao recorrente. É que, diante da quantidade da droga apreendida, conforme adrede anunciado, não se mostra suficiente e recomendável a medida, de forma que não fica caracterizado o alegado constrangimento ilegal.

Confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DA EXECUÇÃO DE PARTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. GRAVIDADE DA CONDUTA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

[...]

3. A gravidade da conduta delituosa perpetrada, dadas as circunstâncias em que cometida - introdução de expressiva quantidade de substância entorpecente - 70 g (setenta gramas) de maconha - dentro de estabelecimento prisional, demonstram que, na espécie, a negativa de conversão da sanção reclusiva se encontra justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado. [...]. 2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (HC 223.054/ES, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 14/5/2012).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0170839-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 251.574 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 12100232706

EM MESA

JULGADO: 21/05/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GUSTAVO VASCONCELOS CERQUEIRA MOTTA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ELIAS SANTIAGO RODRIGUES

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ELIAS SANTIAGO RODRIGUES
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.