

03/03/98

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 76.543-5

SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. SYDNEY SANCHES
PACIENTE: ROBERTO CESAR DA SILVA
IMPETRANTE: EDUARDO DOURADO DA SILVA
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE. MAJORAÇÃO DA PENA (ARTIGOS 12, 14 E 18, III, DA LEI N° 6.368/76). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: INTEGRALMENTE FECHADO (LEIS N°S. 8.072/90, ART. 1°, E 9.455, DE 07.04.1997, ART. 1°, § 7°). ART. 5°, XLIII, DA C.F.

"HABEAS CORPUS".

Alegações de:

- a) falta de fundamentação no acréscimo da pena-base;
- b) indevida incidência da majorante do art. 18, III, da Lei de Entorpecente;
- c) descabimento do regime integralmente fechado, no cumprimento da pena.

1. Não procede a alegação de falta de fundamentação no acréscimo da pena-base, pois o aresto, para isso, levou em consideração a "grande quantidade" de cocaína, objeto do tráfico, o que, naturalmente, evidencia a periculosidade dos agentes, pondo a coletividade em risco muito maior do que se se tratasse de apenas algumas gramas de tóxico. Precedentes.

Ressaltou, igualmente, o julgado que, no veículo utilizado, havia "um compartimento preparado para o transporte", o que mostra o propósito de se dificultar sua localização e, conseqüentemente, a apuração do delito, circunstância judicial igualmente considerável.

É de se concluir, portanto, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, mas com fundamentação adequada.

2. Improcede, igualmente, a alegação de que a majorante do art. 18, III, da Lei de Entorpecentes, não poderia ter sido aplicada à espécie.

O acórdão fundamentou-a corretamente, pois, se não houve o crime autônomo de associação, como previsto no art. 14, caracterizou-se, pelo menos, o concurso de agentes de que trata o inciso em questão. Precedentes.

3. Improcede, por fim, a alegação de que indevida a imposição de regime integralmente fechado.

A Constituição Federal, no inc. XLIII do art. 5°, estabeleceu: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de

entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Não se cuida aí de regime de cumprimento de pena.

A Lei n° 8.072, de 26.07.1990, aponta, no art. 1°, os crimes que considera hediondos (latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, e genocídio; tentados ou consumados).

No art. 2° acrescenta: os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

E no § 1°: a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Inclusive, portanto, o de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos.

4. A Lei n° 9.455, de 07.04.1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7° do art. 1°, esclarece: “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2°, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início.

Foi, então, mais benigna a lei com o crime de tortura, pois não estendeu tal regime aos demais crimes hediondos, nem ao tráfico de entorpecentes, nem ao terrorismo.

Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.

5. De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave.

6. A Constituição Federal, no art. 5°, inc. XLIII, ao considerar crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos.

Nada impedia, pois, que a Lei n° 9.455, de 07.04.1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado - e não integralmente fechado.

Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade.

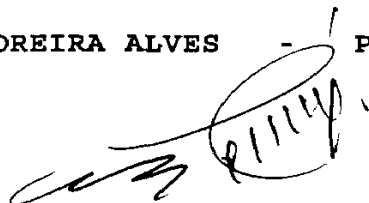
7. "H.C." indeferido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de "habeas corpus". Vencido, em parte, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE que o deferia parcialmente.

Brasília, 03 de março de 1998.

MOREIRA ALVES - PRESIDENTE



SYDNEY SANCHES - RELATOR

03/03/98

HABEAS CORPUS N. 76.543-5 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. SYDNEY SANCHES
PACIENTE: ROBERTO CESAR DA SILVA
IMPETRANTE: EDUARDO DOURADO DA SILVA
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES - (Relator):

O ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. CLÁUDIO LEMOS FONTELES, no parecer de fls. 235/240, resumiu a impetração e, em seguida, opinou, nos termos seguintes:

“Ementa:

1. Quando duas leis infraconstitucionais, no espaço próprio que a Constituição confere-lhes dispor, dispõem diversamente sobre tratamento que a **Constituição quer comum e idêntico** às situações - infrações penais - que expressa, **há de prevalecer a disposição normativa mais favorável ao réu**, pena violar-se o tratamento constitucional isonômico.
2. Deferimento **parcial** do pedido.

1. Em favor de Roberto César da Silva o advogado Eduardo Dourado da Silva ajuíza pedido de **habeas-corpus**. Argumenta com:

- a) falta de motivação no acréscimo da pena-base;
- b) indevida incidência da majorante do artigo 18, III, da Lei de Entorpecentes;
- c) indevida fixação no cumprir a sanção **integralmente** no regime fechado.

2. Cuidemos do alegado.

3. No recurso de apelação, em específico tópico destinado à "Necessidade de Majoração da Pena" (fls. 197), assim manifestou-se o Dr. Promotor de Justiça, **verbis**:

"Como já mencionado, deslocaram-se os apelados da cidade de Ponta Porã, no Estado do Mato Grosso do Sul, transportando 12 pacotes plásticos, contendo 11.260 gramas de cocaína, a qual, no mundo do narcotráfico, vale uma verdadeira fortuna.

Além disso, os motivos do crime são determinados pelo ganho fácil e o enriquecimento ilícito.

Sem dúvida que, nos parâmetros abstratamente previstos pela lei, não poderá a sanção a ser cumprida pelos apelados restringir-se ao mínimo, eis que desfavoráveis as circunstâncias judiciais, impondo-se, independentemente da definição jurídica que pretendemos, a majoração da pena." (fls. 198)

4. O julgado colegiado tem por correta esta pretensão, por seus termos (fls. 219).

5. E tal ilação tem amparo em orientação jurisprudencial desta Suprema Corte. De se ler, **verbis**:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (art. 12 da Lei n. 6.368/76). ALEGAÇÃO DE VÍCIO NA DOSAGEM DA PENA PORQUANTO EXACERBADA E NÃO FUNDAMENTADA: IMPROCEDÊNCIA.

1. A culpabilidade se determina pela imputabilidade exigibilidade de conduta diversa e possibilidade do conhecimento do injusto. **A quantidade de substância entorpecente apreendida demonstra o imenso potencial ofensivo à sociedade**, não havendo como desprezar-se que esta atitude visada tão-somente a obtenção de lucro fácil, mediante procedimento delituoso. **Isto, por si só, já justifica a exacerbação da reprimenda.**

2. O art. 59, do CP, determina que a fixação da pena devesse atender a culpabilidade, aos antecedentes, a conduta social, a conseqüências do crime. Ao fixar a pena, não se adstringe o juízo aos critérios de primariedade e bons antecedentes do réu, mas as condições estabelecidas no dispositivo penal.

3. "Habeas corpus" indeferido." (H.C. 73.097 - D.J. 19/4/96, pg. 12.215 - Exmo. Sr. Min. Maurício Corrêa)

6. Quanto à causa de acréscimo na pena-base decidiu **corretamente** o Colegiado, à luz do **inciso III, do artigo**

118, da Lei 6.368, não pela circunstância, criticada na impetração de que se estaria a aplicar mal dito inciso, posto que ao menor de 21 anos, **co-autor**, infringir-se-ia majorante posta a protegê-lo - "infração visando menores de 21 anos" (fls. 13), mas porque o Colegiado considerou **outra hipótese igualmente contemplada no inciso III, do artigo 18: a do concurso eventual (vide: fls. 219).**

7. Questão interessante diz com a censura da **permanência da conclusão que beneplacita o cumprimento, integralmente em regime fechado, da pena imposta aos delitos contemplados na Lei 6.368 - entorpecentes -**, quando a Lei 9.455 - **tortura** - tem preceito expresso, **no mesmo tópico, diverso porque, reduzindo-o, impõe o regime inicial fechado, assim ensejando a progressão.**

8. Também estamos com o pensamento doutrinário, trazido pelo il. impetrante a fls. 49 e 50, no sentido de que se manter uma diretriz para uma infração, e fazê-la diversa para outra, **é violar o princípio da isonomia.**

9. Com efeito, a Constituição Federal quis, na **contemplanção do universo das infrações penais, algumas destacar, a estas conferindo tratamento específico em temas de procedimento cautelar, e de execução penal.**

10. Por isso, o disposto no inciso XLIII, do **artigo 5º, verbis:**

"A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da **tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos...**" (grifamos).

11. Portanto, **num mesmo bloco** agruparam-se os delitos de tortura; tráfico ilícito de entorpecentes; os definidos como crime hediondos e os atos de terrorismo.

12. É o que quer a **Constituição Federal**, que à lei transferiu a fixação de parâmetros compatíveis com o rigor que enunciou: não há fiança (contra-cautela ao ato de prender provisoriamente); não há certos benefícios apropriados à execução penal.

13. A lei - e no caso foi a 8.072/90, que também definiu os crimes hediondos - fixou disposições no espaço que lhe foi constitucionalmente conferido (para nós indo

inconstitucionalmente além quando impondo o cumprimento da pena em regime integralmente fechado violou o princípio constitucional da individualização da pena, que alcança, também, a execução penal, mas assim não conclui a maioria desta Suprema Corte, e devemos todos acato a esta conclusão).

14. Ocorre que a recente Lei 9.455/97, que definiu os crimes de tortura, **também** fixou disposições no espaço que lhe foi constitucionalmente conferido, fazendo-o de forma mais amena, na preservação de filosofia compatível com a progressão criminal. Disse, então, no § 7º, do **artigo 1º**, do comprimento **inicial** da pena, no regime fechado.

15. Ora, quando duas leis infra-constitucionais, no **espaço próprio** que a Constituição confere-lhes dispor, **dispõem diferentemente** sobre tratamento que a **Constituição quer comum e idêntico** às situações - infrações penais - que expressa, há de **prevalecer a disposição normativa mais favorável ao réu**, pena violar-se o tratamento constitucional isonômico.

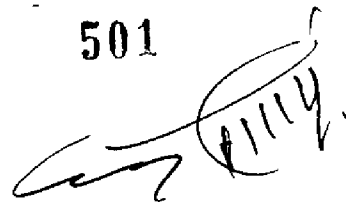
16. Assim, pelo deferimento **parcial** do pedido para que seja assegurado ao paciente o cumprimento **inicial** da pena a que se viu condenado, no regime fechado."

É o Relatório.



/csf.

V O T O



O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES - (Relator):

1. Não procede a alegação de falta de fundamentação no acréscimo da pena-base.
2. Com efeito, o Dr. Promotor de Justiça, na Apelação que interpôs contra a sentença de 1º grau, dentre outras coisas, pleiteou a majoração da pena, alegando e pleiteando, a fls. 197/198, "verbis":

"QUANTO A NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DA PENA:

O sistema trifásico da dosimetria da pena, preconizado por Nelson Hungria e adotado pelo Código Penal, além de cumprir a garantia constitucional da individualização da pena, permite fazer com que para as diversas situações apresentadas, possa o julgador dar soluções diferenciadas.

Pois bem. Na hipótese dos autos, embora ressaltando o respeito pelo entendimento do ilustre magistrado sentenciante, nos parece absurda a solução encontrada a nível de dosimetria de pena, eis que a hipótese acabou nivelada por baixo, de maneira que os apelados resultaram condenados na mesma pena que é reservada ao traficante, mesmo principiante, que oferta a outrem, ainda que gratuitamente, um pequeno papelote de cocaína ou uma buchinha de maconha.

Como já mencionado, deslocaram-se os apelados da cidade de Ponta Porá, no Estado do Mato Grosso do Sul, transportando 12 pacotes plásticos, contendo 11.260 gramas de cocaína, a qual, no mundo do narcotráfico, vale uma verdadeira fortuna.

Além disso, os motivos do crime são determinados pelo ganho fácil e o enriquecimento ilícito.

Sem dúvida que, nos parâmetros abstramente previstos pela lei, não poderá a sanção a ser cumprida pelos



apelados restringir-se ao mínimo, eis que desfavoráveis as circunstâncias judiciais, impondo-se, independentemente da definição jurídica que pretendemos, a majoração da pena."

3. O acórdão, quanto a esse ponto da Apelação do Ministério Público, e também no que concerne aos demais, nele focalizados, bem como no recurso da Defesa, assim se deduziu (fls. 216/221):

"ESTADO DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação criminal n° 99.88711.2, de Itajaí

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

**Apelação Criminal - Crime contra a saúde pública
Narcotraficância - Autoria e Materialidade
comprovadas pelas provas periciais e testemunhais
colacionadas - Depoimentos de Policiais - Validade -
Infração ao Art. 12 da Lei Antitóxicos configurada -
Absolvição impraticável Recurso Ministerial
pretendendo a aplicação dos artigos 14 e/ou 18, III,
da Lei supramencionada - Antecedentes pouco
recomendáveis.**

Basta para tipificar o delito do art. 14 da Lei 6.368/76 a simples convergência de vontades, sem caráter de habitualidade, sendo desnecessária a prova da existência do vínculo associativo permanente entre duas ou mais pessoas, como no caso em questão, onde comprovado restou o concurso de agentes. Por isso, aplica-se a majorante prevista no inciso III, do artigo 18 da referida lei - Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal n° 99.88711.2, da comarca de Itajaí, em que são apelantes Roberto César da Silva, Wanda Celeste de Oliveira, Alessandra Corrêa Borges, Cleone Dias Pavão e a Justiça Pública, por seu Promotor.

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso ministerial e negar provimento aos da defesa.

Custas na forma da lei.

O representante do Ministério Público da comarca de Itajaí ofereceu denúncia contra Roberto César da Silva, Wanda Celeste de Oliveira, Alessandra Corrêa Borges e Cleone Dias Pavão, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 12 e 14, da Lei nº 6.368/76, pelos fatos descritos na exordial acusatória (fls. 02/05).

O processo seguiu seus trâmites legais.

O MM. Juiz, a final, julgando procedente em parte a denúncia, condenou os acusados como incurso nas sanções do artigo 12, da Lei nº 6.368/76, à pena individual de 03 (três) anos de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa.

Inconformados com a condenação, os acusados e o representante do Ministério Público de 1º grau apelaram, objetivando, os primeiros, a absolvição e, o segundo, a majoração das reprimendas.

Contra-arrazoados os recursos, os autos ascenderam à esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Huáscar Viana, opinado pelo conhecimento e desprovimento dos recursos defensivos e pelo provimento parcial do Ministério Público.

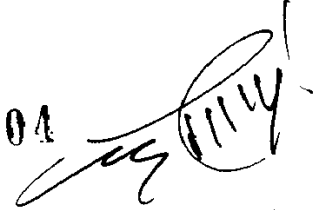
É o relatório.

Os apelos defensivos, à luz da prova coletada, não podem prosperar. Autoria e materialidade restaram indubitavelmente configuradas. A autoria, embora negada pelos acusados em juízo, onde admitiram somente que estavam no local dos fatos, encontra-se demonstrada pelos depoimentos testemunhais, corroborado pelo auto de prisão em flagrante (fls. 07/12).

Os Policiais Federais ouvidos em juízo (fls. 124/127 e 128/130), relataram com riqueza de detalhes todos os passos da trajetória que culminou com a apreensão da droga e a prisão em flagrante dos acusados.

Sobre a validade dos depoimentos de policiais, já é pacífico nesta Egrégia Corte que:

"O testemunho de policial não pode ser rejeitado só pela condição funcional do depoente, merecendo



valor probante se isento de má-fé ou suspeita" (JC 62/283);

"Os depoimentos de policiais, desde que não desmentidos pelo restante das provas, são suficientes a embasar um decreto condenatório" (JC 75/565).

Além disso as outras testemunhas inquiridas (José Lisandro e Marlene Boettger Lisandro), sem vínculo com a polícia, atestaram, vigorosamente, a apreensão da droga. (fls. 133 e 134).

Quanto à materialidade, restou comprovada pelos autos de apresentação e apreensão (fls. 15); auto de exame de constatação (fls. 14); laudo de exame em veículos (fls. 115/122), e pelo laudo pericial definitivo (fls. 241/243), que atestaram ser a substância apreendida com os apelantes substância química denominada cocaína.

Registre-se, que o entorpecente encontrado deu-se em grande quantidade (11 quilos, 260 gramas) e que o veículo Voyage, usado no tráfico, continha um compartimento preparado para o transporte.

Como bem salientou o magistrado sentenciante, "o **iter criminis** foi amplamente seguido, testemunhado de pouca distância e contundentemente estampado, não havendo como negar o trabalho dos três policiais federais, o laudo e fotografias, mostrando o compartimento do carro idealizado para o transporte e a apreensão de significativa quantidade da droga, 11.260 gramas de cocaína.

Outrossim, não tem consistência o argumento de ausência de vínculo entre as ações dos quatro apelantes, pois Cleone Dias Pavão e Wanda Celeste de Oliveira chegaram com o Voyage, o mesmo carro levado por Roberto César da Silva para a casa onde a droga foi apreendida."

Desta forma, impossível um decreto absolutório, não merecendo reparo a sentença de 1º grau no tocante a condenação dos apelantes por infração ao delito do artigo 12, da Lei nº 6.368/76.

Pretende o recurso ministerial, responsabilizar os apelados também pela prática do delito definido no artigo 14, da Lei de Tóxicos, ou, o reconhecimento da causa especial de aumento da pena prevista no artigo 18, III,

da citada lei, bem como, aplicação de pena mais severa aos acusados.

Em que pesem as considerações em contrário, não procede o inconformismo do **parquet**, quanto a prática do crime de associação (art. 14). A jurisprudência é pacífica no sentido de que não basta para tipificar o delito do artigo 14 da Lei Antitóxicos, a simples convergência de vontades, sendo necessária a prova da existência do vínculo associativo permanente entre duas ou mais pessoas, e no caso em questão, onde comprovado restou o concurso de agentes, sem caráter de habitualidade, por isso aplica-se somente a majorante prevista no inciso III, do artigo 18, da referida lei, a qual, dispensa a estabilidade da união.

Para o caso da majorante, basta apenas o concurso, isto é, a participação de duas ou mais pessoas na prática de uma das infrações penais.

Neste sentido trilha a jurisprudência:

"O concurso de agentes no caso de tráfico de entorpecentes determina a incidência do art. 18, III da Lei 6.368/76" (STJ - RSTJ 06/467).

"A associação a que se refere o inciso III do artigo 18, da Lei n° 6.368/76 é o concurso de duas ou mais pessoas na prática do mesmo tipo penal com a conduta de todos se projetando na mesma diretiva" (JC 72/524).

Assim, aumento a pena base dos acusados em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, um pouco acima do mínimo legal, porque nada favoráveis aos denunciados as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Tendo em vista a menoridade dos acusados Wanda e Roberto, diminuo individualmente a pena em 6 meses. Aumentando, por fim, para todos, a pena em um terço, em função da aplicação da majorante prevista no artigo 18, III da Lei 6.368/76, restando em definitivo a pena em:

Roberto César da Silva e Wanda Celeste de Oliveira em 5 (cinco) anos de reclusão, aumentada de um terço, restando em definitiva em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, e os acusados Alessandra Corrêa Borges e Cleone Dias Pavão, a pena base de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses,



aumentada de um terço, resultando em definitiva a pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se no mais a sentença de fls.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso do Ministério Público e nega-se provimento aos da defesa.

Participou do julgamento, com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 27 de agosto de 1996.

as.) Genésio Nolli

Presidente com voto

as.) Solon d'Eça Neves

Relator."

4. Vê-se, pois, que o aresto, para elevar a pena-base, do mínimo de três anos, para cinco anos e seis meses, quando o máximo seria de quinze (art. 12 da Lei n° 6.368, de 21.10.1976), levou em consideração o que ficou dito na Apelação do Ministério Público, em especial a "grande quantidade" de cocaína (11 quilos e 260 gramas), o que, naturalmente, evidenciando a periculosidade dos agentes, põe em risco muito maior a coletividade do que alguns gramas de tóxico, quando objeto do tráfico.

Ressaltou, igualmente, o julgado que, no veículo utilizado, havia "um compartimento preparado para o transporte", o que evidencia o propósito de dificultar sua localização e, conseqüentemente, a apuração do delito, circunstância judicial igualmente considerável.

5. De resto, a própria sentença de 1° grau fizera considerações sobre as circunstâncias do delito, que já não

justificariam a aplicação da pena-base no mínimo legal (v. fls. 177/184).

6. Ademais, a Câmara julgadora da Apelação acabou, posteriormente, ao receber Embargos Declaratórios, reduzindo a pena-base do paciente para cinco anos, como se vê de fls. 228/229.

7. É de se concluir, portanto, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, mas com fundamentação adequada.

8. Até porque, como lembrou o parecer do Ministério Público federal, o critério adotado pelo acórdão impugnado, nessa fixação, tem amparo na jurisprudência desta Corte, da qual apenas destacou um precedente, mas outros mais poderiam ser lembrados.

No precedente referido decidiu a Segunda Turma desta Corte (fls. 237):

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (art. 12 da Lei n. 6.368/76). ALEGAÇÃO DE VÍCIO NA DOSAGEM DA PENA PORQUANTO EXACERBADA E NÃO FUNDAMENTADA: IMPROCEDÊNCIA.

1. A culpabilidade se determina pela imputabilidade exigibilidade de conduta diversa e possibilidade do conhecimento do injusto. A quantidade de substância entorpecente apreendida demonstra o imenso potencial ofensivo à sociedade, não havendo como desprezar-se que esta atitude visada tão-somente a obtenção de lucro fácil, mediante procedimento delituoso. Isto, por si só, já justifica a exacerbação da reprimenda.

2. O art. 59, do CP, determina que a fixação da pena devesse atender a culpabilidade, aos antecedentes, a conduta social, a conseqüências do crime. Ao fixar a pena, não se adstringe o juízo aos critérios de primariedade e bons antecedentes do réu, mas as condições estabelecidas no dispositivo penal.

3. **Habeas corpus indeferido.** (H.C. 73.097 - D.J. 19/4/96, pg. 12.215 - Exmo. Sr. Min. Maurício Corrêa) ."

9. Improcede, igualmente, a alegação de que a majorante do art. 18, III, da Lei de Entorpecentes, não poderia ter sido aplicada à espécie.

O acórdão fundamentou-a corretamente, pois, se não houve o crime autônomo de associação, como previsto no art. 14, caracterizou-se, pelo menos, o concurso de agentes de que trata o inciso em questão.

A esse respeito é pacífica a jurisprudência desta Corte, como se vê, por exemplo, dos seguintes julgados.


9.1. Da Segunda Turma, Relator o eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, o HC n° 71.639, DJ de 07.04.95, p. 8872, Ementário 1782, p. 545:

"HABEAS CORPUS. ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. ABRANGÊNCIA DO ART. 18, III, DA LEI N. 6.368/76. CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES. MAJORAÇÃO DA PENA QUANDO QUALQUER DOS CRIMES DA LEI DECORRE DE ASSOCIAÇÃO. EXACERBAÇÃO PENAL EM VIRTUDE DOS ANTECEDENTES DO RÉU.

1. A associação eventual ou "concursum delinquentium", causa majorante da pena nos delitos de entorpecentes, prevista na lei extravagante, equivale ao concurso de pessoas do direito penal codificado.

2. O legislador estremeou no inciso III, do art. 18, da Lei n. 6.368/76, duas hipóteses distintas: de um lado, decorrer o delito de associação criminosa, e, de outro, visar a menores ou hipossuficientes.

3. Se houve o crime definido no art. 12 da Lei de Tóxicos, e para praticá-lo associaram-se duas ou mais pessoas - embora assim tenham procedido para o fim único - da prática de um só crime, cabe o acréscimo da qualificadora prevista no item III, do art. 18, da mesma Lei."



9.2. Ainda da Segunda Turma, Relator também o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, HC n° 70.930, DJ de 24.03.95, p. 6805, Ementário 1780, p. 234:

"Não ocorre "reformatio in pejus" quando a decisão condenatória, nos limites dos fatos narrados na denúncia, afasta o crime de associação para o tráfico e reconhece, residualmente, a qualificadora do concurso de pessoas. Esta correção da denúncia, ou "emendatio libelli", tem a chancela do art. 383 do C.P.P."

9.3. Também da Segunda Turma, Relator, ainda, o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, HC 72.674, DJ de 03.05.96, p. 13.900, Ementário 1826, p. 310:

"1. Ocorre "emendatio libelli" (CPP, art. 383) e não "mutatio libelli" (CPP, art. 384) quando o réu é denunciado pelo crime de formação de quadrilha e condenado apenas com a agravante do concurso eventual de delinqüentes.

O art. 14 da Lei de Tóxicos prevê o crime autônomo de quadrilha ou bando, cujo tipo exige associação estável e permanente ("societas delinquendi") e corresponde ao art. 288 do CP; o art. 18, III, da mesma Lei prevê a agravante no caso de concurso eventual de pessoas ("societas criminis") e corresponde ao art. 62 do C.P. Ambas as hipóteses contem explicitamente a circunstancia elementar do crime praticado com associação de delinqüentes, estável ou eventual.

Descrevendo a denúncia pluralidade de agentes, improcede a alegação de surpresa para a defesa, porque o réu deve se defender dos fatos narrados da denúncia e não da capitulação legal que a denúncia deu ao delito."

9.4. Da Primeira Turma, o HC n° 72.500, de que fui Relator (DJ de 04.08.95, p. 22.448, Ementário 1794, p. 644):

"Crime de tráfico de entorpecentes, com a qualificadora de associação (artigos 12 e 18, III, da Lei n. 6.368/76).

(...)

5. Não procede a alegação de que a qualificadora do inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368, de 21.10.1976, só

se justifica, quando a associação envolve também menores de 21 anos de idade; ao contrário, basta que a associação se configure, mesmo entre maiores de idade."

9.5. Ver, ainda, sobre a aplicabilidade do inc. III do art. 18, em situações como a "sub judice": HHCC n°s 71.434, DJU de 30.9.94, 75.920-SC, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA; HHCC n°s 37.384 (RTJ 129/1212), 71.639-MT (RTJ 157/199); HC n° 75.233, Relator para o acórdão o Ministro MOREIRA ALVES, Primeira Turma, 16.09.97.

10. Improcede, por fim, a alegação de que indevida a imposição de regime integralmente fechado.

A Constituição Federal, no inc. XLIII do art. 5°, estabeleceu: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

Não se cuida aí de regime de cumprimento de pena.

A Lei n° 8.072, de 26.07.1990, aponta, no art. 1°, os crimes que considera hediondos (latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, e genocídio; tentados ou consumados).

No art. 2° acrescenta: os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

- I - anistia, graça e indulto;
- II - fiança e liberdade provisória

E no § 1º: a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Inclusive, portanto, o de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos.

11. A Lei n° 9.455, de 07.04.1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7º do art. 1º, esclarece:

"O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado."

Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início.

Foi, então, mais benigna a lei com o crime de tortura, pois não estendeu tal regime aos demais crimes hediondos, nem ao tráfico de entorpecentes, nem ao terrorismo.

Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.

12. De qualquer maneira, bem ou mal o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave.

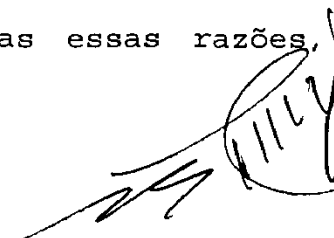
13. Aliás, como ficou dito anteriormente, a Constituição Federal, no art. 5º, inc. XLIII, ao considerar crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos.

Nada impedia, pois, que a Lei nº 9.455, de 07.04.1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado - e não integralmente fechado.

Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade.

14. Por todas essas razões, indefiro o pedido de "Habeas Corpus".

/csf.



03/03/98

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 76.543-5 SANTA CATARINAV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, o raciocínio do eminente Relator é logicamente incensurável.

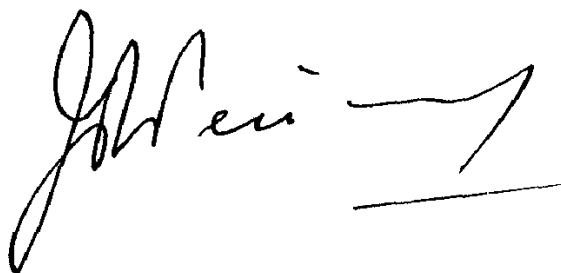
A Constituição, nesta concessão ao terrorismo penal, que foi a previsão dos crimes hediondos, efetivamente não cogitou do regime de cumprimento de pena. E, a meu ver, não cuidou muito bem, porque não chegou ao ponto de tomar da pura gravidade do crime em abstrato para impor a vingança de impedir que os progressos - se há progressos -, na execução da pena fossem levados em conta, no abrandamento gradual da execução. A imposição do cumprimento integral em regime fechado foi invenção de lei ordinária, da qual uma outra lei poderia subtrair um dos "crimes hediondos", sem incidir em inconstitucionalidade.

Sucedo que o raciocínio de S.Exa. parte de uma premissa - que não tenho discutido por economia de nossos trabalhos, a constitucionalidade da imposição do regime integralmente fechado a todos os crimes relacionados na Lei 8.072/90, que, desde o início, considerei inconstitucional, por afronta ao princípio constitucional da individualização da pena, que alcança a sua execução (cf. o meu voto nos HHCC 69.603, Brossard, e 69657, Rezek, de 8.6.93).



Por isso, peço vênua ao Ministro-Relator para, sem discordar da lógica do seu voto, divergir da sua premissa e, deferir, em parte, o **habeas corpus**.

CR/

A handwritten signature in black ink, appearing to read "João Mendes", followed by a horizontal line and a checkmark-like flourish.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 76.543-5

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. SYDNEY SANCHES

PACTE. : ROBERTO CESAR DA SILVA

IMPTE. : EDUARDO DOURADO DA SILVA

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de **habeas corpus**. Vencido, em parte, o Ministro Sepúlveda Pertence que o deferia parcialmente. 1ª. Turma, 03.03.98.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Ricardo Dias Duarte.
Secretário