



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 23.721/CS

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 130.737 – MS

RECORRENTE: ALEXANDRE NUNEZ MORINIGO (PRESO)

ADVOGADO: MARCO ANTONIO CHAVES DE CASTRO – DEFENSOR PÚBLICO

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA E MODUS OPERANDI. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por **Alexandre Nunez Morinigo**, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que desproveu o Agravo Regimental no HC nº 293.556/MS, nos termos da seguinte ementa:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º DO CP. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal, com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. À luz do art. 33, § 3º, do CP e da fundamentação global da sentença – que deve se analisada como um todo e não por capítulos – encontra-se justificada a fixação do regime inicial mais gravoso, à vista da existência de circunstância judicial desfavorável (apreensão de 78 quilos de maconha, acondicionados na lataria de veículo automotor).

3. Agravo regimental não provido."

2. Segundo consta, o recorrente foi condenado, em primeiro grau, à pena total de 4 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (apreensão de 78 quilos de maconha, acondicionados na lataria de veículo automotor). O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul deu parcial provimento à apelação defensiva, para reduzir a pena para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mantendo o regime prisional fechado.

3. Em suas razões a defesa alega novamente a ilegalidade na fixação do regime fechado, tendo em vista a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Requer, ao final, a concessão do regime semiaberto, por *“tratar-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais são favoráveis”*.

4. A irresignação não merece prosperar.

5. Da leitura da sentença condenatória e do acórdão que julgou a apelação vê-se que a pena base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da grande quantidade de drogas apreendidas e as circunstâncias do delito¹.

1 Sobre as '**circunstâncias do crime**', estabelece o sentenciante que são desfavoráveis, pois o réu deslocou-se da comarca de Ponta Porã/MS com destino a Três Lagoas/MS e, ademais, a droga estava escondida em compartimento secreto do veículo, demandando esforço anormal dos policiais federais pra recortar a lataria da caminhonete no intuito de resgatar todo o entorpecente. Nesse ponto, é necessária a análise o *modus operandi* empregado na prática do delito, devendo-se analisar elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o tempo de duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, dentre outros. Assim, no presente caso, a maneira com que a droga foi escondida dentro do veículo e o esforço despendido pelos agentes federais para retirá-la de lá, sendo necessário inclusive a ajuda com corpo de bombeiros para serrar a lataria do automóvel, são suficientes para considerar tal circunstância como negativa. Nesse sentido, mantenho a 'circunstância do crime' como sendo negativamente majorada, nos termos da sentença. Por fim, no que concerne a **quantidade de droga encontrada no momento da apreensão**, entendo como correto o entendimento do e. magistrado. Estabelece o art. 42 da Lei n. 11.343/06 que: *Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*

6. Quanto ao regime de cumprimento da pena, o acórdão deu a seguinte fundamentação para manter o regime fechado:

Para a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena, deve ser levado em consideração a quantidade da pena privativa de liberdade imposta em virtude do delito penal imputa em desfavor do réu. Assim, após a definição da pena, o regime prisional será fixado nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal:

[...]

No caso particular, no âmbito da sentença, o magistrado a quo submeteu ao cumprimento da sanção privativa de liberdade em regime inicial fechado. Pelas circunstâncias do caso concreto e, sobretudo, com base no dispositivo legal supramencionado, tenho que a sentença, nesse ponto, merece manutenção.

A quantidade da pena infligida ao apelante ostenta circunstância judicial desfavorável (circunstâncias do crime). Essa situação é capaz de ensejar o maior grau de reprovabilidade da conduta típica, ensejando, com isso, a imposição de uma sanção penal de maior severidade, com o que não se coaduna a fixação de um regime prisional mais brando do que o fechado.

Portanto, o apelante deve ser submetido ao cumprimento da sanção penal em regime inicial fechado, tal como estabelecido pelo magistrado de origem. Logo, essa pretensão recursal merece ser afastada”.

7. Como se sabe, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena exige, além dos requisitos do §2º do art. 33 do Código Penal, que as circunstâncias do art. 59 do CP não sejam desfavoráveis ao réu (art. 33, §3º do CP).

8. Essa Corte tem decidido que *"não há nulidade na decisão que majora a pena-base e fixa o regime inicial mais gravoso, considerando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis"* (HC 93.818/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 16.05.2008).

Através do dispositivo legal retromencionado, percebe-se que além das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, deve-se analisar também, no momento da dosimetria da pena, a quantidade da substância apreendida, a personalidade e a conduta social do agente.

No presente caso, apesar de a personalidade e a conduta social não prejudicarem o apelado, a grande quantidade de droga apreendida, aproximadamente 78 kg de maconha, é suficiente para agravar a sanção penal a ser imposta.

Dessa forma, nos termos da sentença, mantenho a quantidade de droga como fator de aumento da pena-base.”

9. Como bem ressaltou o Ministro Rogerio Schietti Cruz, ***“a escolha do regime prisional mais gravoso resultou da motivação global da sentença condenatória – que deve ser lida em sua totalidade e não por capítulos – à vista de circunstância judicial desfavorável já elencada no capítulo em que o juiz cuidou da individualização da pena”*** (fls. 105, e-STJ).

10. Com efeito, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso.

11. A imposição do regime fechado ao recorrente decorreu da quantidade de drogas apreendidas, bem como as circunstâncias do flagrante, uma vez que foi flagrado transportando quase 78 quilos de maconha, de *“maneira com que a droga foi escondida dentro do veículo e o esforço despendido pelos agentes federais para retirá-la de lá, sendo necessário inclusive a ajuda do corpo de bombeiros para serrar a lataria do automóvel”*. Desse modo, considerando tais circunstâncias judiciais, mostra-se acertado o regime estabelecido para o início de cumprimento da pena, a fim de interromper o comércio ilícito praticado pelo recorrente.

12. Pelo exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.

Brasília, 14 de outubro de 2015

CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES

Subprocuradora-Geral da República