



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.078 - PR (2010/0049217-6)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : **FABRICIO VON MENGDEN CAMPEZATTO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO**
PACIENTE : **FÁBIO DUARTE (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO E DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA.

1. Em recentes julgados, esta Sexta Turma tem se posicionado no sentido de que, para a fixação do regime prisional, o Magistrado deverá avaliar as circunstâncias do caso concreto, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.
2. Do mesmo modo, este órgão julgador vem reconhecendo a possibilidade de deferimento da substituição da pena aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos.
3. Em ambos os casos, há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes ou atenuantes. Tais elementos determinarão a incidência, ou não, de referidas benesses.
4. Na hipótese, o paciente foi preso em flagrante dentro de uma embarcação no Rio Paraná, onde transportava 126 Kg (cento e vinte e seis quilogramas) de maconha, trazidos do Paraguai para o Brasil.
5. Conquanto o réu seja primário e a sanção corporal aplicada não ultrapasse o patamar de quatro anos, a expressiva quantidade de entorpecente apreendida, demonstra não serem socialmente recomendáveis a fixação de regime aberto e a substituição da sanção corporal.
6. Ordem denegada.

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, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 14 de junho de 2011 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.078 - PR (2010/0049217-6)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Fábio Duarte, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que deu parcial provimento ao recurso ministerial, nos termos da seguinte ementa:

DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. LEI N.º 11.343/2006. ART. 33. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA.

Comprovadas a materialidade e autoria do delito tipificado no artigo 33 da Lei de Drogas, confirma-se a condenação imposta na sentença.

Não comprovada a configuração do crime de desobediência, imputado a um dos réus, impõe-se sua absolvição.

A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, é incompatível com a reincidência, quando aplicável a minorante, na quantificação da redução da pena devem ser sopesados os critérios previstos no artigo 42 da mencionada lei, que nos remete para a circunstâncias subjetivas do agente e objetivas do fato delituoso. Nessa perspectiva, a espécie e a quantidade de droga traficada é um dos fatores a serem considerados.

É constitucional a vedação legal da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, na hipótese de condenação por crime de tráfico transnacional de drogas, prevista no artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006. (e-STJ fl.87).

Segundo consta dos autos, o ora paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e pagamento de 170 (cento e setenta) dias-multa, pela prática de delito previsto no art. 33, **caput**, c.c art. 40, I, da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 24.4.2009, teria sido surpreendido na posse de 94 (noventa e quatro) tabletes de maconha, totalizando 126 (cento e vinte e seis) quilogramas do produto.

Irresignada, a defesa interpôs apelação pleiteando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a suspensão condicional da pena.

O órgão ministerial também ofereceu recurso, buscando a não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ou, subsidiariamente, a redução da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fração relativa a essa minorante e o aumento da fração relativa à transnacionalidade do delito.

Como dito, o recurso foi parcialmente provido apenas quanto ao apelo ministerial, para aplicar a causa especial de redução da pena, em patamar menor que aquele determinado na sentença. Assim, a pena foi fixada em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mantida no mais a sentença.

No presente *writ*, alega o impetrante, em resumo, que a vedação contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 é inconstitucional porque afronta o princípio da individualização da penas. Assim, afirma que teria o paciente direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida à fl. 98.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Henrique Fagundes Filho, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.078 - PR (2010/0049217-6)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Cinge-se o *writ* na alegação de suposta ilegalidade na fixação do regime de cumprimento da reprimenda e no direito da paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em recentes julgados, esta Sexta Turma tem se posicionado no sentido de que, para a fixação do regime prisional, o Magistrado deverá avaliar as circunstâncias do caso concreto, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.

Do mesmo modo, este órgão julgador vem reconhecendo a possibilidade de deferimento da substituição da pena aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos. Em ambos os casos, há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes ou atenuantes. Tais elementos determinarão a incidência, ou não, de referidas benesses.

Na hipótese, inclusive para que haja melhor compreensão do tema, transcrevo trecho do acórdão recorrido no que tange à dosimetria da reprimenda aplicada (e-STJ fls. 77/80):

FABIO DUARTE

1ª fase - Pena-base. Na sentença, as circunstâncias judiciais de que trata o artigo 59 do Código Penal foram assim analisadas:

- culpabilidade: normal à espécie;
 - antecedentes: não possui;
 - conduta social e personalidade: sem maiores elementos para a sua aferição;
 - motivos: crime praticado visando unicamente a obter proveito econômico;
 - circunstâncias: o acusado internou em território nacional razoável quantidade de droga (126.000g de **maconha**) que, embora não seja das mais agressivas, pode causar dependência física e psíquica, segundo o laudo pericial de fls. 56-58, o que revela a necessidade de censura penal considerável, diante do patente risco de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.
- Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

‘PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNACIONALIDADE PRESENTE. COMPETÊNCIA. TIPICIDADE. MODALIDADE DE ADQUIRIR. CONSUMAÇÃO. AUTORIA COMPROVADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DESCRITO NO ART. 16, LEI Nº 6.368/76. USO PRÓPRIO NÃO DEMONSTRADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NEGATIVAS. AUMENTO. CONFISSÃO. APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, D, CP. MAJORANTE INSCRITA NO ART. 18, I, LEI Nº 6.368/76. AFASTAMENTO. MULTA. REDUÇÃO. SIMETRIA COM A PENA CARCERÁRIA. REGIME PRISIONAL FIXADO NOS MOLDES DO CP. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PERDIMENTO DO VEÍCULO. REVOGAÇÃO. 1. (...) 9. Circunstâncias do crime desfavoráveis, em virtude da grande quantidade de droga apreendida, por revelar esta a necessidade de uma maior censura penal 10. Pena-base aumentada, utilizando-se como parâmetro o termo médio.’ (TRF4, ACR 2005.72.00.000927-5, Sétima Turma, Relator do Acórdão Tadaaqui Hirose, publicado em 23/08/2006.) (g.n.)

- consequências: o perigo é presumido para a saúde pública, porém, as consequências do crime não são graves, pois a droga foi apreendida antes de ser distribuída a outros traficantes e/ou consumidores finais;
- comportamento da vítima: prejudicado."

Mantenho o tratamento negativo à vetorial **circunstâncias do crime**, em face da expressiva quantidade de maconha transportada (126.000g). Ao fazê-lo, assinalo que esta Turma tem considerado que, em se tratando de maconha, o tráfico de quantidade superior a 50 kg acarreta a valoração negativa dessa vetorial.

As demais circunstâncias judiciais foram, todas elas, consideradas neutras, na sentença. Mantenho esse entendimento, assinalando que, a respeito do tema, não há recurso da acusação.

No que tange à pena-base, sigo o critério consoante o qual ela deve ser calculada mediante o acréscimo, à pena mínima cominada (in casu, de 5 anos de reclusão), para cada uma das oito circunstâncias judiciais desfavoráveis, de um oitavo da metade (metade que, in casu, é de 5 anos de reclusão) da diferença (in casu, de 10 anos de reclusão) entre as penas mínima (in casu, de 5 anos de reclusão) e máxima (in casu, de 15 anos de reclusão) cominadas. Assim, in casu, para cada circunstância judicial desfavorável, tem-se o acréscimo de 7 meses e 15 dias de reclusão.

Dessa forma, reduzo de ofício a pena-base, que foi fixada em 5 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8 meses de reclusão, para **5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão**.

2ª fase - Pena provisória - Das atenuantes e agravantes - Nesta fase, a sentença aplicou as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, reduzindo a pena-base ao mínimo legal, nos seguintes termos:

"Na segunda fase de fixação da pena milita em favor do réu a atenuante da confissão efetuada na fase policial e em Juízo (CP, art. 65, III, "d") dado que serviu de fundamento para a sustentação da condenação (Nesse sentido: STJ, T5, HC 50975, DJ 12/06/2006, p. 516), bem como a atenuante da menoridade prevista no art. 65, I, do Código Penal, dado que na data do fato (24/04/2009) o denunciado era menor de 21 (vinte e um) anos de idade (DN: 22/10/1988), consoante documento de fl. 45 do IPL. À vista disso, reduzo em 1 (um) ano e 6 (seis) meses a pena, todavia fixando-a em 5 (cinco) anos de reclusão, em vista da impossibilidade nesta fase da fixação da pena de estabelecê-la aquém do mínimo legal (STJ, REsp 1104153, Quinta Turma, Relator Min. Felix Fischer, DJe.: 22/06/2009)."

Não há recurso da acusação e, de fato, estão presentes as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea. Ademais, não pode a pena provisória ser reduzida para aquém do mínimo legal (súmula n.º 231, do Superior Tribunal de Justiça). Mantenho, pois, a pena provisória em 5 anos de reclusão.

3ª fase - Das minorantes e majorantes - Nesta terceira etapa, a sentença aplicou a minorante de que trata o artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343, de 2006, em seu patamar máximo (dois terços), e aplicou a majorante de que trata o artigo 40, inciso I, da mesma Lei, em seu patamar mínimo (um sexto). Conforme fundamentação anteriormente expendida, a minorante foi redimensionada para um meio, e a majorante ficou mantida em um sexto. Assim sendo, fixo a pena definitiva em **2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão**.

Essa pena deverá ser cumprida, de início, no regime fechado, sendo inviável, conforme adiante se demonstrará de forma mais detalhada, sua substituição por penas restritivas de direitos, assim como a concessão da suspensão condicional da pena (artigo 44 da Lei n.º 11.434/06; artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, na redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 11.464/07).

A pena de multa deve ser simétrica à pena privativa da liberdade concretamente aplicada. Esta última, in casu (2 anos e 11 meses de reclusão), corresponde a 58,33% da pena privativa da liberdade mínima cominada para o delito (5 anos de reclusão). Observado, pois, idêntico percentual, calculado sobre a pena de multa mínima cominada para o delito em exame (500 dias-multa), **fixo a pena de multa em 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa**. Assinalo que a sentença fixou a pena de multa em 170 (cento e setenta) dias-multa, e que há recurso da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusação, quanto às penas aplicadas. Quanto ao valor do dia-multa, mantenho-o no patamar fixado na sentença (um trinta avos do valor do salário mínimo vigorante na data do fato), o qual corresponde ao mínimo legal. O quantum da pena de multa deverá ser corrigido monetariamente, até a data de seu pagamento.

Conquanto o paciente seja primário e a sanção corporal que lhe fora imposta não ultrapasse o patamar de quatro anos, não vejo como estabelecer o regime aberto, consoante pretende a impetração. Isso porque foi reconhecida a existência de circunstância judicial desfavorável – tanto que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal – decorrente da expressiva quantidade de entorpecente apreendida com o paciente, qual seja, 126 Kg (cento e vinte e seis quilogramas) de maconha, transportada do Paraguai para o Brasil, em embarcação, através do Rio Paraná.

De igual maneira, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito, porquanto, com espeque no art. 44, III, do CP, não socorrem ao réu as circunstâncias judiciais.

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. NÃO-PREENCHIMENTO. ORDEM DENEGADA .

(...)

6. As circunstâncias avaliadas pelo juiz na fixação da pena-base devem ser consideradas também na fixação do regime de cumprimento da reprimenda e na substituição pela restritiva de direitos, motivo pelo qual inexistente constrangimento ilegal na aplicação de regime mais rigoroso, caso alguma das circunstâncias judiciais assim o recomende (arts. 33, § 3º, e 44, ambos do Código Penal).

7. Ordem denegada.

(HC nº 130.678/SP, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13/10/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. PREJUDICIALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME MENOS GRAVOSO. PECULIARIDADES DA CAUSA QUE AUTORIZAM A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

(...)

3. No caso, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar de 1/3 (um terço), considerando a expressiva quantidade de entorpecente apreendido – mais de 3 Kg (três quilos) de cocaína. Assim, não há falar em constrangimento ilegal.

4. Muito embora a reprimenda final não exceda 8 (oito) anos de reclusão, entendo ser devida a manutenção do regime prisional fechado, principalmente pelas características que envolvem a questão (apreensão de considerável quantidade de cocaína e internacionalidade do delito).

5. Pelas mesmas razões, não se mostra socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, III, do Código Penal).

6. Ressalte-se que esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício mesmo se praticado o crime na vigência da Nova Lei Antitóxicos, mas, na hipótese presente, a solução não se apresenta como adequada.

7. Ordem denegada.

(HC nº 124.899/SP, de minha relatoria, DJe de 11/10/2010, sem destaques no original)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 DA LEI 6.368/76 (LEI DE TÓXICOS REVOGADA). TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO.

I - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59 do CP, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixa o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena.

II - A grande quantidade de droga apreendida aliada ao modus operandi do agente, que se valeu dos serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para a prática odiosa do tráfico de drogas, de fato, recomenda o início da reprimenda penal no regime mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 102.084/DF, Relator para acórdão Ministro Felix Fischer, DJe de 8.9.2008, sem destaques no original)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. (...). ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE.

.....
3. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

4. In casu, **verifica-se a presença da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06 bem como grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, o que permite a fixação de regime prisional mais gravoso.**

(HC 170.830/SP, de minha relatoria, DJe de 13.12.2010)

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0049217-6

HC 166.078 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200970040007448

EM MESA

JULGADO: 14/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FABRICIO VON MENGDEN CAMPEZATTO - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO

PACIENTE : FÁBIO DUARTE (PRESO)

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 Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.