



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.897 - MG (2010/0048436-5)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : MARCELO MARCOS FERREIRA
ADVOGADO : MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARCELO MARCOS FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DE MOTIVOS, CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECONHECIMENTO DE MAUS ANTECEDENTES. PROCESSO EM ANDAMENTO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. CABIMENTO.

1. A reprovação do crime é avaliada, de acordo com o que prevê o Código Penal, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

2. Hipótese em que os motivos, a culpabilidade e as circunstâncias do crime estão bem delineados; a natureza e a quantidade da droga apreendida, além de seu preparo para comercialização, são fatores que justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

3. Na linha da iterativa jurisprudência desta Casa, inquéritos em andamento e ações penais sem trânsito em julgado não podem ser utilizadas para exasperar a sanção a título de maus antecedentes, personalidade ou conduta social.

4. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

5. Na espécie, não houve o reconhecimento de que o réu se dedicasse a atividades criminosas, integrasse organização criminosa ou fosse reincidente. Afastada a presença de maus antecedentes, cabível a aplicação da causa especial de redução da pena.

6. A jurisprudência da Sexta Turma vem se firmando no sentido de que a natureza e quantidade do entorpecente apreendido interferem na fração aplicável para reduzir a pena.

7. Apesar de tratar-se de réu primário e com pena inferior a quatro anos de reclusão, a quantidade e o tipo de entorpecente – 70 (setenta) gramas de cocaína acondicionada em 51 (cinquenta e uma) porções –, recomendam o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o início da expiação e demonstram não ser socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

8. Ordem parcialmente concedida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 maioria, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 23 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.897 - MG (2010/0048436-5)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Marcelo Marcos Ferreira, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento ao apelo defensivo, mantendo na íntegra a sentença condenatória.

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, porque foi surpreendido com 70 g (setenta gramas) de cocaína acondicionadas em 51 (cinquenta e uma) porções.

Irresignada, apelou a defesa, sustentando que o condenado teria direito à aplicação da causa especial de redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, requerendo, ainda, a minoração da pena-base e modificação de regime prisional. Ao pleito, como dito, foi negado provimento.

Daí o presente *writ*, no qual alega o impetrante reitera os pedidos apresentados na instância precedente, alegando, para tanto, que:

– "não há no caderno processual, nenhum elemento de prova que justifique a fixação da pena-base em oito meses acima do mínimo legal, razão pela qual a Defesa Pública pede a sua redução";

– mesmo que mantida a pena-base, é possível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e consequente redução da pena ao mínimo legal;

– sentença transitada em julgado não serve como base para valorar negativamente os antecedentes do réu, e tampouco constitui motivação para impedir a aplicação da causa especial de redução da pena.

Ao final, requer a redução da pena-base ao mínimo legal e aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Helenita Caiado Acioli, opinou pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denegação da ordem (e-fls. 70/75).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.897 - MG (2010/0048436-5)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Para melhor esclarecer a questão aqui proposta, veja-se o que escreveu o magistrado singular ao fixar a reprimenda, **in verbis**:

JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA DE FLS. 02/04 considerando o réu MARCELO MARCOS FERREIRA nas penas do artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06 nas quais o condeno. Atendendo as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do C. P. B., fixo-lhe a pena base em 5 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, fixação esta acima do mínimo legal, tendo em vista o grau de culpabilidade do réu que foi alto, eis que estava ele totalmente consciente do grau de culpabilidade de sua ação, vez que tem certo grau de escolaridade (2º grau), o que lhe propiciava como lhe propicia maior conhecimento da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe exigida, outra, diversa da que assumiu. As circunstâncias em que o crime foi praticado permite que a pena seja imposta acima do mínimo previsto em lei, vez que o acusado praticava o delito na sua residência, escondendo grande quantidade de droga na caixa do correio e no quintal daquela casa onde coabita com sua mãe e sua irmã, sem se importar com o fato de que poderem estes também serem considerados seus cúmplices na prática do delito (sic). Lado outro também detinha em sua residência grande quantidade de cocaína parte dela adredemente preparada para comercialização. Os motivos que levaram o réu ao cometimento do delito também autoriza a fixação da pena acima do mínimo previsto em lei (sic), pois não são justificáveis, pois o simples fato de estar desempregado e devendo pensão alimentícia, não autoriza quem quer que seja a cometer crimes, máxime quando a pessoa não tem qualquer deficiência que impeça o exercício do trabalho honesto e regular. As consequências do delito também autorizam a fixação da pena no quantum acima já que a sociedade a cada dia que passa vem sendo cada vez mais prejudicada pelo tráfico ilícito de entorpecentes, e ainda porque o referido crime é o germe de outros delitos mais graves que também assolam a sociedade brasileira. A personalidade do acusado está demonstrando certa propensão à delinquência, o mesmo ocorrendo com relação a seus antecedentes, vez que como já mencionado no corpo desta sentença, não foi a primeira vez que ele se envolveu no cometimento de delitos e ainda que não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tenha a reprimenda que lhe foi imposta transitado em julgado, serviria para ele raciocinar e coibir a prática de novos crimes, todavia não demonstrando qualquer abalo moral, psicológico ou mesmo simples arrependimento, o réu voltou a delinquir. A pena não há que se distanciar todavia muito do mínimo legal porque há que ser o réu considerado primário e sua conduta social também deve ser tida em seu favor já que inexistem nos autos elementos que a desabonem. O réu confessou espontaneamente a prática do crime quando interrogado por este juízo por isso previsto a atenuante genérica prevista na alínea d, do inciso III, artigo 65, reduzo-lhe a pena que foi imposta em 04 (quatro) meses de reclusão, vez que sua confissão foi essencial para o julgamento deste juízo. Deixo de aplicar ao réu o benefício do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, vez que como já expedido alhures nesta decisão não pode o increpado ser considerado portador de bons antecedentes. Torno concreta a pena imposta ao réu em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses à míngua de outras que a modifique. Fixo o regime fechado, para o cumprimento inicial desta pena imposta ao réu já que as circunstância judiciais acima analisadas não lhe são totalmente favoráveis e com base no artigo 33, §§ 1º e 2º, alínea a, e § 3º do C. P. e ainda considerando o disposto no artigo 1º do parágrafo 1º da Lei 11.454/07. Deixo de substituir a pena privativa de liberdade imposta ao réu para a restritiva de direito conforme disposto no artigo 4º parágrafo 33 da Lei 11.343/06 e artigo 44 da mesma lei que veda expressamente referida benesse. Condeno o réu na multa prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06 a qual arbitro em seiscentos dias-multa, fixação esta acima do mínimo legal, porque as circunstâncias judiciais acima analisadas não são totalmente favoráveis ao acusado e analisadas anteriormente e estão presentes nesta pena. Reduzo-lhe referida pena de multa em 40 (quarenta) dias multa, considerando a confissão espontânea do réu perante este Juízo quando do seu interrogatório, com base no artigo 65, III, alínea d, do C.P. Como o réu não faz jus ao benefício do § 4º da Lei 11.343/06, torno concreto a pena pecuniária ora imposta, perfazendo ela o total de quinhentos e sessenta dias-multa (560) e também porque não existem outras causas que a modifiquem. Valoro o dia multa em quatro vinte avos do salário mínimo vigente ao país no tempo dos fatos, na forma do disposto no artigo 43 da Lei 11.343/06 já que a situação do acusado não pode ser considerada das piores, já que teve idoneidade financeira para usar mil e cem reais para a compra da substância entorpecente, que é das mais caras, no caso cocaína, isso depois de alegar que estava devendo pensão alimentícia para seus filhos. (e-fls. 23/24).

É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Na espécie, verifica-se que foram variados os fundamentos utilizados para estabelecer a pena-base acima do mínimo legal. Ocorre que em alguns se reconhece a presença de elementos idôneos, enquanto outros estão em dissonância com a orientação firmada nos Tribunais Superiores.

A reprovação do crime é avaliada, de acordo com o que prevê o Código Penal, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. São essas, notadamente, as circunstâncias analisadas pelo julgador.

Na espécie, os motivos, a culpabilidade e as circunstâncias do crime estão bem delineados, sendo importante ressaltar que a natureza e a quantidade da droga apreendida, além de seu preparo para comercialização, são fatores que, na fixação da pena-base no crime de tráfico, preponderam sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, e justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESES NÃO APRECIADAS PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4, DA LEI N. 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO DE REDUTOR EM 1/6 (UM SEXTO). ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESTA EXTENSÃO DENEGADA.

.....
*2. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Na hipótese em apreço, não se verifica qualquer ilegalidade **ictu oculi**, uma vez que a reprimenda inicial fora fixada em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber: a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime. Ademais, a natureza e a quantidade de droga apreendida - 1.010 g (mil e dez gramas) de cocaína - constitui móvel idôneo a elevar a reprimenda inicial, haja vista a preponderância da natureza, da quantidade da substância entorpecente, da personalidade e da conduta social do agente sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, consoante o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

.....
4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

(HC 214.123/AC, Relator Ministro Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS, DJe 19.12.2011).

As consequências do delito, no entanto, são elementos intrínsecos ao crime e, portanto, já valorados pelo legislador quando do estabelecimento da pena em abstrato.

Também não se sustentam os fundamentos quanto à personalidade do agente, tendo em vista que ficou registrada certa propensão à delinquência em razão de ação penal anterior, sem trânsito em julgado.

Na linha da iterativa jurisprudência desta Casa, inquéritos em andamento e ações penais sem trânsito em julgado não podem ser utilizadas para exasperar a sanção a título de maus antecedentes, personalidade ou conduta social, ainda que sob a roupagem de "personalidade voltada ao crime", em respeito ao princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RECEPÇÃO. NECESSIDADE DE CORRETA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DESAJUSTADA COM BASE EM PROCESSOS EM ANDAMENTO E ATOS INFRACIONAIS. ORDEM CONCEDIDA.

1 - As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder.

2 - Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.

3 - Os atos infracionais praticados durante a adolescência do acusado não podem ser considerados como geradores de antecedentes, nem de personalidade desajustada.

4 - Se a maior parte das circunstâncias judiciais foram analisadas em favor do réu e o quantitativo da pena não ultrapassa quatro anos, não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratando de réu reincidente, desde que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça justifica-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5 - Ordem concedida para anular parcialmente à decisão, no que se refere a dosimetria da punição e para o réu Fábio Júnio reconhecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade.

(HC 81.866/DF, Relatora a Desembargadora Convocada Jane Silva TJ/MG, DJ de 15.10.2007)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 171, § 3º, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. PERSONALIDADE VOLTADA PARA PRÁTICA CRIMINOSA. PROCESSOS EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA OPERADA POR ESTA CORTE. ADVENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

I - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes). Da mesma forma, não podem ser tomados como elementos negativos da personalidade do agente (Precedentes). (...)

(REsp 930.376/RS, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe 3.8.2009)

Deste modo, tais fundamentos – personalidade e consequências do delito – merecem ser afastados, refazendo-se a dosimetria da pena.

Antes, no entanto, avalio as demais questões apresentadas nesta impetração.

No que se refere ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, não há interesse de agir. Isso porque o julgador monocrático reconheceu a circunstância e reduziu a pena-base, nos seguintes termos:

O réu confessou espontaneamente a prática do crime quando interrogado por este juízo por isso previsto a atenuante genérica prevista na alínea d, do inciso III, artigo 65, reduzo-lhe a pena que foi imposta em 04 (quatro) meses de reclusão, vez que sua confissão foi essencial para o julgamento deste juízo. (e-fl. 23).

Por fim, o mesmo argumento utilizado para avaliar negativamente a personalidade do acusado serviu para afastar a causa especial de diminuição da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual seja, ausência de bons antecedentes.

Como já mencionado anteriormente, o argumento não se sustenta.

As ações penais em andamento realmente não podem ser utilizadas para justificar a exasperação da reprimenda a título de maus antecedentes, a teor do que dispõe o enunciado da Súmula n.º 444 desta Corte.

Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Na hipótese, não houve, por parte do Juiz sentenciante ou do Tribunal mineiro, o reconhecimento de que o réu se dedicasse a atividades criminosas ou integrasse organização criminosa; também foi reconhecida a primariedade. O único fator para o afastamento do benefício foi a ausência de bons antecedentes.

Como tal circunstância foi afastada, não subsiste fundamento para negar a pretendida benesse.

Ressalto, no entanto, que a quantidade de droga considerada para majorar a pena não pode ser desconsiderada nessa etapa, até mesmo porque essa Sexta Turma vem entendendo que a natureza e quantidade do entorpecente apreendido interferem na fração aplicável para reduzir a pena.

A esse respeito, confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NATUREZA E ELEVADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em poder da paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.

11.343/2006 (4.375 g de cocaína, peso líquido).

2. Este Superior Tribunal firmou entendimento no sentido de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a natureza - cocaína - e a elevada quantidade da substância entorpecente apreendida em poder da paciente.

.....
7. Ordem denegada.

(HC 169.769/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 9.11.2011) , sem destaques no original.

Dito isto, passo ao redimensionamento da pena. Na primeira etapa, observados os critérios estabelecidos na origem e afastada a valoração negativa da personalidade do agente e das consequências do delito, fixo a pena base em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, um pouco acima do mínimo legal, mais pagamento de 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa.

Não há circunstância agravante, mas está presente a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual, mantida a redução imposta na sentença, afasto 4 (quatro) meses da condenação e 40 (quarenta) dias-multa, estabelecendo a pena em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira etapa, reconhecendo a aplicação da causa especial de redução da pena, mas considerando a quantidade de entorpecente apreendida, reduzo a pena na fração de 1/3 (um terço), fixando-a, definitivamente em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, pena que torno



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitiva à míngua de outras modificadoras.

Apesar de tratar-se de réu primário e com pena inferior a quatro anos de reclusão, entendo que a quantidade e o tipo de entorpecente – lembro: foram apreendidos 70 (setenta) gramas de cocaína acondicionadas em 51 (cinquenta e uma) porções –, recomendam o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o início da expiação.

Pelas mesmas balizas, penso não ser socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO SUPERADA PELO STF. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM FRAÇÃO MÁXIMA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE (ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006). FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

1. Apesar de o magistrado singular ter fixado a pena-base do paciente no mínimo legal e o Tribunal de origem ter aplicado a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar máximo, o regime inicial de cumprimento da pena fixado foi o mais rigoroso e não se possibilitou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. A vedação à substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos foi recentemente superada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 na parte que veda a concessão do benefício (HC n.

97.256/RS, Ministro Ayres Britto, DJe 16/12/2010). A Corte Suprema tem superado, também, a obrigatoriedade de cumprimento da pena por tráfico em regime inicial fechado quando ausentes os requisitos que impõem o regime mais rigoroso. Esta Sexta Turma tem decidido no mesmo sentido.

3. A verificação do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos demandam a verificação da quantidade e natureza da droga apreendida em poder do acusado (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Esta Turma tem firmado a orientação de que a diversidade ou a considerável quantidade da droga apreendida tornam inviáveis a fixação do regime inicial aberto e a aplicação de medida alternativa, não obstante o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, mostrando-se socialmente recomendável apenas a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena.

5. Ordem parcialmente concedida.

(HC 172.596/GO, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 1º.2.2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. DISPOSIÇÃO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE RECOMENDAM O REGIME INICIAL FECHADO E A NÃO-CONCESSÃO DA SUBSTITUIÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n.º 97.256/RS, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro CARLOS AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, inserida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006 da referida proibição.

2. O posicionamento do Pretório Excelso, ao admitir a substituição da pena por medidas alternativas nos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, reflete na possibilidade de que o regime inicial seja fixado de modo menos gravoso, haja vista a envergadura e a profundidade do princípio da individualização da penal.

3. Todavia, há particularidades, no caso em apreço, que desautorizam o estabelecimento do regime aberto, pois a quantidade e a natureza da droga apreendida - 99 (noventa e nove) pedras de crack e 1 (uma) porção de maconha - indicam o modo fechado para o início do resgate da pena, como sendo a medida mais adequada. Nessa senda, tais circunstâncias, ensejadoras de maior censurabilidade, demonstram que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é socialmente recomendada, conforme os inúmeros precedentes da Sexta Turma deste Sodalício.

4. Ordem denegada.

(HC 211.138/SP, Relator Ministro Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS, DJe 24.10.2011).

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para, afastando a valoração negativa da personalidade do agente e das consequências do delito e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecendo a aplicação da causa especial de redução da pena, fixar a reprimenda do réu em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa. Fixo o regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0048436-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 165.897 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10145095335033 145095335033

EM MESA

JULGADO: 23/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO MARCOS FERREIRA
ADVOGADO : MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARCELO MARCOS FERREIRA

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 maioria, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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