



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.699 - RS (2010/0189654-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JOÃO CARLOS ROCHA ALMEIDA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARIA DELCI FAGUNDES DUARTE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE. EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 C.C O ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

2. Desse modo, o disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 somente será aplicável aos delitos cometidos sob a vigência da antiga Lei de Drogas se, após efetuada a redução sobre a pena cominada no *caput* do art. 33, a nova legislação mostrar-se mais benéfica ao acusado. Precedente da Terceira Seção.

3. Uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no mencionado dispositivo.

4. Na espécie, embora não seja expressiva a quantidade da droga, a natureza da substância apreendida – cocaína – milita em desfavor da Paciente. Assim, considerando o fato de que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, apenas, em razão da natureza da droga apreendida, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis, faz jus a Paciente ao grau intermediário de redução, qual seja: 1/2.

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

6. Não existe razão para negar à Paciente o regime inicial semiaberto, devendo a circunstância judicial desfavorável (qualidade da droga), no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela quantidade de pena aplicada.

7. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não permanece nenhum empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes.

8. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo-se a reprimenda do Paciente para **02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa**, no regime inicial semi-aberto, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que examine o preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.699 - RS (2010/0189654-8)

IMPETRANTE : JOÃO CARLOS ROCHA ALMEIDA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARIA DELCI FAGUNDES DUARTE (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARIA DELCI FAGUNDES DUARTE – condenada a 03 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos tipificados nos art. 12 e 14 da Lei 6.368 –, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Alega o Impetrante, em suma, ser mais benéfica à Paciente a aplicação retroativa da minorante contida no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, pelo crime praticado sob a égide da Lei 6.368/76. Sustenta, ainda, que as situações fáticas e jurídicas autorizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a aplicação da lei penal mais favorável à Paciente, com o reconhecimento da causa especial de redução da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, bem assim a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 62/63.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 51/56, opinando pela concessão parcial da ordem, para que o Tribunal de origem verifique qual a norma legal mais favorável à Paciente e redefina a pena aplicada, se for o caso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.699 - RS (2010/0189654-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE. EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 C.C O ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmutar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

2. Desse modo, o disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 somente será aplicável aos delitos cometidos sob a vigência da antiga Lei de Drogas se, após efetuada a redução sobre a pena cominada no *caput* do art. 33, a nova legislação mostrar-se mais benéfica ao acusado. Precedente da Terceira Seção.

3. Uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no mencionado dispositivo.

4. Na espécie, embora não seja expressiva a quantidade da droga, a natureza da substância apreendida – cocaína – milita em desfavor da Paciente. Assim, considerando o fato de que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, apenas, em razão da natureza da droga apreendida, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis, faz jus a Paciente ao grau intermediário de redução, qual seja: 1/2.

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

6. Não existe razão para negar à Paciente o regime inicial semiaberto, devendo a circunstância judicial desfavorável (qualidade da droga), no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela quantidade de pena aplicada.

7. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não permanece nenhum empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes.

8. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo-se a reprimenda do Paciente para **02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa**, no regime inicial semi-aberto, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que examine o preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

VOTO

A EXA EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):

Busca o Impetrante, em síntese, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, na hipótese em apreço, sob o argumento de que a Paciente, condenada como incurso no art. 12 da Lei n.º 6.368/76, à pena de 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, é ré primária e o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça.

O Tribunal de origem, por maioria, negou provimento ao apelo da ora Paciente, por considerar que não se aplica a redutora prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 aos fatos praticados antes do início da vigência da referida Lei, bem como manteve o regime inicial fechado, sem possibilidade de substituição por pena alternativa ou de sursis, por se tratar de crime equiparado a hediondo, de acordo com o art. 2º da Lei 8.072/90.

De início, com a devida vênia da corrente contrária, tenho que não se pode conceber, na espécie, a possibilidade de combinação de leis, porque a minorante inculpada o § 4.º do art. 33 é regra dirigida ao *caput* do mesmo artigo, não podendo o juiz cindir a norma para aplicá-la somente em parte, em combinação com outra, criando uma terceira nova, sob pena de se transmutar em legislador.

Nesse sentido, trago à colação o escólio de Nelson Hungria, *in verbis*:

"[...] cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis." (HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal. Ed. Forense, RJ, 1977, 1º vol., 1 t., pág. 120.)

Vedada a aplicação parcial do art. 33, resta saber qual das normas é a mais favorável ao réu, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A lei antiga comina pena mínima de 03 anos de reclusão e 50 dias-multa (art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76), enquanto a nova prevê 05 anos de reclusão e 500 dias-multa (art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06), denotando, *prima facie*, ser mais gravosa e, por conseguinte, inaplicável aos fatos anteriores.

Não obstante, a alteração do sistema introduzido com a novel legislação, a par de dispensar tratamento mais rigoroso ao traficante, com a elevação das penas mínimas, possibilitou ao magistrado o abrandamento do rigorismo, instituindo causa de diminuição de 1/6 a 2/3 (§ 4.º do mesmo art. 33), em se tratando de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, o que traria a pena, se fixada no mínimo e sem acréscimos, para o patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, se utilizada a redução máxima de 2/3.

Assim, caso a hipótese se enquadre no disposto no § 4.º do citado artigo – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos pode reduzir-se para menos de 03 anos, a depender da fração redutora, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.

Confira-se, por oportuno, o seguinte julgado proferido no âmbito da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

"PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO PRETÓRIO EXCELSO. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da lex mitior, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33.

III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elaborada e jamais prevista pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, incorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muños Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, 1ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão).

Embargos de divergência providos.

Ordem de habeas corpus concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006." (REsp 1.094.499/MG, 3.ª Seção, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 18/08/2010.)

Na hipótese, o acórdão recorrido encontra-se fundamentado nos seguintes termos,

in verbis:

"[...]

Segundo fato:

Em dia 25 de julho de 2003, por volta das 10h30min, em uma propriedade rural localizada no Passo da Barca, interior do Município de São Borja, os denunciados José Rodrigues, Otacílio Torres da Rosa e Maria Delci Fagundes Duarte, em comunhão de vontades e conjugação de esforços, tinham em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico, 0,955g (novecentos e cinquenta e cinco miligramas) de Eritrokylon Coca, substância entorpecente, popularmente conhecida como cocaína, causadora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dependência física e psíquica, de uso proscrito no Brasil, conforme auto de apreensão e auto de constatação de substância entorpecente de fls. 63 e 78, respectivamente.

[...]

Foi prolatada sentença, publicada em 28.11.2008, julgando parcialmente procedente a denúncia, nos seguintes termos:

a) **condenando** Maria Delci Fagundes Duarte por infração ao art. 12 da Lei n.º 6.368/76, em relação ao 2º fato da denúncia, às penas de 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato. **Absolvendo-a** da imputação que lhe foi feita nos fatos n.º 6 e n.º 7 da denúncia (que seria crime único), por não existir prova de ter concorrido para a infração penal, com fundamento no art. 386, inciso V, do CPP;

[...]

Começo pelos fatos atribuídos à denunciada Maria.

O 2º fato da denúncia está comprovado. No dia 25/07/2003, foi apreendida na propriedade da acusada e de seu esposo, enquanto ela lá estava, a quantidade de 0,955g de cocaína. Isso está demonstrado pelo auto de apreensão de ti. 76 e pelo laudo pericial definitivo de constatação de ti. 91. Os policiais militares responsáveis pela apreensão – determinada judicialmente (ti. 75) – relataram em juízo que **a ré, ao avistá-los, fugiu para os fundos da casa com um balde na mão, tentando molhar o seu conteúdo com uma mangueira. Os policiais conseguiram impedi-la, e constataram que no balde estava a cocaína, além de uma tesoura e uma colher. Depois, ainda encontraram no local uma balança de precisão (v. depoimentos dos PMs Mauro – fls. 193/194, Luiz Carlos – fls. 195/196 e Laurindo – fls. 197/198).**

De fato, está registrada nos autos a apreensão da tesoura, da colher e da balança (fl. 76). Mais do que isso: a perícia constatou que tanto a balança (fl. 89) quanto a colher (f 1. 90) apresentavam resíduos de cocaína. Assim, mesmo com a pequena quantidade de droga apreendida (menos de 1 g) há prova técnica indesmentível de que ali se procedia à pesagem e a embalagem de cocaína, com o fim certo de comércio. A participação da ré no crime é inequívoca: além de se encontrar no local no momento da apreensão, ela tentou eliminar e esconder as evidências, demonstrando que era ela quem efetivamente detinha a droga naquele momento. Ademais, vale apontar que a acusada, em seu interrogatório judicial, não referiu em momento algum que a droga se destinasse a seu consumo próprio (fls. 124/125). Assim, os precedentes invocados pela acusação nas fls. 475/476 (Apelações n. 70003159340 e 70014059984, ambas da 1ª Câmara Criminal do TJRS) são pertinentes: a pequena quantidade de droga apreendida não afasta o crime de tráfico quando há outros elementos seguros que indiquem a destinação do entorpecente ao consumo alheio. Por isso, a ré vai condenada pelo 2º fato da denúncia.

[...]

Assim, concluo que está bem amarrada a ligação de Maria com a primeira apreensão de droga, na sua presença (2º fato), mas é um tanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nebulosa a sua ligação com a segunda apreensão (6º e 7º fatos), quando ela não estava presente e não há provas estendendo a responsabilidade pelo depósito da cocaína para além da pessoa de Dedé. Ela vai, então, absolvida pelos fatos 6 e 7 da denúncia.

[...]

É nesses termos que vai a condenação, ficando esclarecido que as penas aplicáveis aos réus condenados são as do art. 12 da revogada Lei 6.368/76, porque vigente ao tempo do fato e menos gravosa no ponto do que a Lei 11.343/06, que lhe substituiu.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo **parcialmente procedente** a denúncia para:

a) **condenar** a ré Maria Delci Fagundes Duarte por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76, em relação ao 2º fato da denúncia;

[...]

Passo a fixar a pena para a acusada Maria.

Em primeiro lugar, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Culpabilidade é parte do crime e justifica a aplicação da pena, nada havendo de especial no caso concreto a ponto de aumentar a reprimenda em razão deste vetor. A acusada não tem antecedentes criminais com trânsito em julgado comprovados nos autos. Depois, deixo assentado que a conduta social ou a personalidade da ré não podem ser causa de aumento de pena, não só porque isso configuraria consagração do direito penal do autor (ou seja, punição pelo que o sujeito é, e não pelo que fez), mas também porque não foram objetos de prova específica no feito, sendo impossível ao magistrado avaliar com profundidade e amplitude a vida pessoal e social de uma ré da qual só conhece com propriedade um fato isolado. Quanto ao motivo do crime, não havendo elementos para entender ao contrário, presume-se que seja o comum ao tipo, ou seja, a vantagem financeira obtida pelo tráfico, razão pela qual não merece aumento de pena, uma vez que a reprovação ao motivo já está constante no próprio tipo penal. Não há conduta de vítima, O delito não teve conseqüências relevantes.

Para a análise das circunstâncias gerais do delito, é preciso que se considere a natureza e a quantidade da droga apreendida. A quantidade é mínima (menos de 1g). **A natureza da droga, contudo, exige aumento de pena, pois a cocaína é droga relativamente pesada, e mais lesiva que maconha ou lança-perfume, que são também bastante comuns. Por isso, aumento a pena em três meses, e fixo a pena-base em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão.** À míngua de outra causa de modificação, torno definitiva a pena, a ser cumprida em **regime inicial fechado**, sem possibilidade de substituição por pena alternativa ou de sursis, por se tratar de crime equiparado a hediondo, de acordo com o art. 2º da Lei 8.072/90.

Aplico, ainda, pena de multa, sendo que, pelas circunstâncias judiciais já analisadas quando da aplicação da pena privativa de liberdade, esta vai fixada no mínimo legal, em **50 (cinquenta) dias-multa**, ficando o dia-multa à razão de **um trigésimo do salário mínimo** vigente ao tempo do fato, corrigido monetariamente." (fls. 17/25)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Compulsando os autos, verifica-se que a pena-base da Paciente restou fixada acima do mínimo legal, apenas, em razão da natureza da droga apreendida.

No caso, como se vê, as instâncias ordinárias não afirmaram ser a ré integrante de organização criminosa ou dedicar-se a atividades criminosas. Desse modo, uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no mencionado dispositivo.

Convém ainda salientar que, relativamente ao percentual de redução, cabe ao magistrado observar o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que assim dispõe, *in verbis*:

"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."

Com efeito, embora não seja expressiva a quantidade da droga apreendida (menos de 1 grama de cocaína), a natureza da substância entorpecente, bem como as circunstâncias da apreensão da droga, mormente a estrutura física montada com apetrechos que denotam maior grau de reprovabilidade da conduta, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

Assim, à mingua de atenuantes, agravantes ou causas de aumento, entendo que deve ser aplicada a diminuição intermediária (1/2) pela incidência do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, pelo que fica a reprimenda quantificada em 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa.

De outra parte, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório.

Desse modo, se o crime de tráfico ilícito de drogas foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/07 – que estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do *quantum* de pena aplicado –, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso dos autos, restando a pena fixada em 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa, e sendo a condenada primária e de bons antecedentes, ainda que exista circunstância judicial desfavorável (qualidade da droga), a decisão que lhe impôs o regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado de cumprimento de pena há de ser reformada para adequar-se a individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Não existe razão para negar à Paciente o regime inicial semiaberto, devendo a circunstância judicial desfavorável, no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela quantidade de pena aplicada.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. EXECUÇÃO. REGIME. IMPOSIÇÃO DO MODO SEMIABERTO. PENA FIRMADA EM 4 ANOS DE RECLUSÃO. DESFAVORABILIDADE DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Na determinação do regime inicial de cumprimento da pena, deve-se ter em consideração o disposto no § 3º do artigo 33 do Código Penal, segundo o qual a fixação do sistema carcerário observará os critérios listados no art. 59 do mesmo diploma.

2. O quantum de pena aplicada, portanto, por si só, não enseja o abrandamento do modo inicial de resgate da sanção quando as circunstâncias do caso concreto e a fundamentação indiquem a necessidade de uma maior repreensão.

3. Não há constrangimento ilegal na fixação do modo inicial semiaberto de cumprimento de pena, quando, não obstante o quantum de reprimenda definitivamente irrogado ter sido 4 (quatro) anos de reclusão, há circunstâncias judiciais desfavoráveis, evidenciando que o modo intermediário de cumprimento de pena mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do CP.

4. Ordem denegada." (HC 191.329/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 19/08/2011.)

Do mesmo modo, impende dizer que, após excluído, pelo Supremo Tribunal Federal, o único obstáculo à progressão de regime, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não permanece nenhum empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

A propósito, confira-se o posicionamento do Pretório Excelso:

"Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Delito praticado sob a égide da Lei nº 6.368/76. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Aplicação do art. 44 do Código Penal. Requisitos presentes. Substituição admissível. Ordem concedida. 1. A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, observados os seus pressupostos de incidência. 2. Não se afigura possível a negativa de substituição calcada exclusivamente em critérios de proporcionalidade e de nocividade decorrentes da natureza da infração. 3.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem concedida." (STF, HC 103.068/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 22/02/2011.)

"SENTENÇA PENAL. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nos 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos." (STF, HC 84.928/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 11/11/2005.)

Igual entendimento é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO. REDUZIDA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n. 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. Considerando o quantum de pena definitivamente irrogado à paciente - 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão -, a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e a reduzida quantidade de substância entorpecente apreendida, flagrante a ilegalidade na manutenção do regime fechado, sendo devida a fixação do modo aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. PERMUTA ADMISSÍVEL. REQUISITOS SUBJETIVOS. PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. PERMUTA PROCEDIDA.

1. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, se o delito foi praticado ainda na vigência da Lei n. 6.368/76.

2. Fixada pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e considerando a reduzida quantidade de substância entorpecente apreendida em poder da paciente, ilegal a manutenção da negativa de substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos, quando a medida mostra-se suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada. Inteligência dos incisos I e III do art. 44 do CP.

3. Habeas corpus concedido para fixar à paciente o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como para substituir a sanção reclusiva por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, ambas pelo mesmo prazo da reclusiva imposta, a primeira em local e horário a serem estabelecidos pelo Juízo da Execução, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurado." (HC 174.391/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 25/08/2011.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 12 DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO, NO CASO CONCRETO, PARA O PACIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS. CABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 440 DESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a nova Lei de Drogas pode ser aplicada aos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes cometidos sob a égide do antigo diploma legal, desde que na sua integralidade.

2. Uma vez que o Tribunal a quo deixou assente que, em face da quantidade e da natureza da droga apreendida, a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 só poderia ser fixada em patamar intermediário, inviável, no caso concreto, a aplicação da nova Lei de Drogas, porquanto mais gravosa ao Paciente.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, para os crimes hediondos, cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/07, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo se observar para a fixação do regime de cumprimento de pena o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, mostra-se adequada a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, uma vez que o Paciente é reconhecidamente primário, possui bons antecedentes e teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, tanto que sua pena-base restou fixada no patamar mínimo.

5. "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." Enunciado da Súmula n.º 440 desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Ordem parcialmente concedida para assegurar ao Paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, devendo as condições dos dois benefícios serem implementadas pelo Juízo das Execuções Penais.*" (HC 169.596/MG, 5.^a Turma, Rel.^a Min.^a LAURITA VAZ, DJe de 28/03/2011.)

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo-se a reprimenda do Paciente para **02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa**, no regime inicial semi-aberto, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que examine o preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0189654-8

HC 187.699 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20400022614 3020400022614 70030449516

EM MESA

JULGADO: 22/11/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOÃO CARLOS ROCHA ALMEIDA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : MARIA DELCI FAGUNDES 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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.