



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.987 - DF (2010/0192381-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : PATRICIA CRISTINA OLIVEIRA CARNEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WEVERSON SANTOS ERIQUES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/07, À RAZÃO MÁXIMA. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a sentença condenatória, ratificada pelo acórdão impugnado, ressaltou, de forma idônea, que "*[...] a quantidade e a periculosidade das drogas apreendidas na residência do acusado indicam que o patamar adequado para a redução de sua pena, na terceira fase, é de ½ (metade), e não de 2/3 (dois terços), como decidiu o MM. Juiz do Conhecimento. [...]*".

2. Verifica-se que o Paciente não preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Consoante orientação da Corte Suprema, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Portanto, embora a pena-base não tenha sido fixada no mínimo legal, o *quantum* de pena não autoriza a fixação do regime prisional fechado, sendo adequado à espécie, o regime semiaberto.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

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 e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2012 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.987 - DF (2010/0192381-6)

IMPETRANTE : PATRICIA CRISTINA OLIVEIRA CARNEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WEVERSON SANTOS ERIQUES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de WEVERSON SANTOS ERIQUE – condenado como incurso no art. 33, da Lei 11.343/06 –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, nos autos da apelação n.º 1.0024.09.638636-2/001, e ementado nos seguintes termos:

"APELAÇÃO. LEI Nº 11.343/2006. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMPROVADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS E NATUREZA PERIGOSA DOS ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO DA PENA, NO PATAMAR DE 1/2 (METADE). RÉU PRIMÁRIO. PORTADOR DE BONS ANTECEDENTES. NÃO SE DEDICA À PRÁTICA DE CRIMES NEM INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO PARCIALMENTE.

1. As provas idôneas e harmônicas dizem da autoria e da tipicidade da conduta do réu no que se refere ao tráfico de drogas, modalidade 'manter em depósito'.

2. Conforme entendimento jurisprudencial, o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da nova lei de drogas.

3. Negado provimento ao recurso da Defesa e dado provimento parcial ao recurso do Ministério Público." (fl. 38)

A Corte de origem negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento parcial ao recurso ministerial para fixar a pena em 2 anos e 9 meses de reclusão, no regime fechado.

No presente *writ*, a impetração pleiteia a aplicação da (i) minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/07, no máximo, a (ii) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a (iii) fixação do regime aberto.

Foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 56/81.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 85/88, opinando pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.987 - DF (2010/0192381-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/07, À RAZÃO MÁXIMA. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a sentença condenatória, ratificada pelo acórdão impugnado, ressaltou, de forma idônea, que *"[...] a quantidade e a periculosidade das drogas apreendidas na residência do acusado indicam que o patamar adequado para a redução de sua pena, na terceira fase, é de ½ (metade), e não de 2/3 (dois terços), como decidiu o MM. Juiz do Conhecimento. [...]"*.

2. Verifica-se que o Paciente não preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Consoante orientação da Corte Suprema, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Portanto, embora a pena-base não tenha sido fixada no mínimo legal, o *quantum* de pena não autoriza a fixação do regime prisional fechado, sendo adequado à espécie, o regime semiaberto.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

A impetração pleiteia a aplicação da (i) minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/07, no máximo, a (ii) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a (iii) fixação do regime aberto.

O acórdão impugnado foi fundamentado nos seguintes termos:

"[...] Dosimetria da Pena:

O MM. Juiz do Conhecimento fixou a pena-base, acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, considerando desfavoráveis a culpabilidade do acusado e as consequências



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito. A natureza do tóxico industrial, “cocaína”, e a quantidade de drogas apreendidas na residência do acusado, ou seja, **24 (vinte e quatro) porções de “maconha”, com massa líquida de 722,57g (setecentos e vinte e dois gramas e cinquenta e sete centigramas), 01 (uma) porção de “cocaína”, com massa líquida de 19,90g (dezenove gramas e noventa centigramas) e 09 (nove) porções de “cocaína”, com massa líquida de 18,27g (dezoito gramas e vinte e sete centigramas)**, representam considerável perigo à incolumidade pública, causando irreparáveis malefícios, principalmente, aos consumidores destes entorpecentes.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade, o d. magistrado reduziu a pena para 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Com razão parcial o Ministério Público quanto à aplicação do percentual de redução da pena, na terceira fase, em razão do acusado ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

O d. magistrado aplicou o patamar máximo de 2/3 (dois terços) para reduzir a pena do acusado. O artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da nova lei de drogas.

A quantidade e a periculosidade das drogas apreendidas na residência do acusado indicam que o patamar adequado para a redução de sua pena, na terceira fase, é de $\frac{1}{2}$ (metade), e não de $\frac{2}{3}$ (dois terços), como decidiu o MM. Juiz do Conhecimento.

Portanto, aplico, na terceira fase, a fração de $\frac{1}{2}$ (metade) para reduzir a pena do acusado, fixando-a definitivamente em 02 (dois) anos, 09 (nove) meses de reclusão e 225 (duzentos e vinte e cinco) dias-multa, à razão mínima.

Mantenho o regime inicial fechado, nos termos do disposto na Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso do Apelante Weverson Santos Eriques, por ter infringido o disposto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes) e **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso do Ministério Público para aumentar a pena de 01 (um) ano, 10 (dez) meses de reclusão e 183 (cento e oitenta e três) dias-multa, à razão mínima, para 02 (dois) anos, 09 (nove) meses de reclusão e 225 (duzentos e vinte e cinco) dias-multa, à razão mínima.

É como voto." (fls. 38/42)

A impetração insurge-se, primeiramente, contra a não aplicação do redutor de pena do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços).

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a sentença condenatória, ratificada pelo acórdão impugnado, ressaltou que “[...] a quantidade e a periculosidade das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas apreendidas na residência do acusado indicam que o patamar adequado para a redução de sua pena, na terceira fase, é de ½ (metade), e não de 2/3 (dois terços), como decidiu o MM. Juiz do Conhecimento. [...]" (fl. 42).

Pois bem. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que "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**" (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Drogas de modo adequado. Confira-se: STJ, HC 123.742/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 29/06/2009; STF, HC 100.755/AC, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 07/05/2010; STF, HC 102.487/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 17/06/2010.

Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

Quanto **ao alegado direito à substituição da reprimenda corporal**, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Por conseguinte, esta Corte passou a decidir na mesma esteira: AgRg no HC 121.111/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI – Desembargador convocado do TJ/SP, DJe de 17/12/2010; EDcl no HC 122.269/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 22/11/2010.

Todavia, no caso dos autos, verifica-se que o Paciente não preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Por fim, **quanto à fixação do regime prisional**, é sabida a posição desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado."

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal, porquanto cabe ao Magistrado individualizar a irrestritamente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda do condenado, conforme o caso concreto. No ponto, cumpre transcrever os fundamentos do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07. (negrito nosso)"

Sendo assim, consoante orientação da Corte Suprema, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

Portanto, embora a pena-base não tenha sido fixada no mínimo legal, o *quantum* de pena não autoriza a fixação do regime prisional fechado.

Verifica-se, pois, que o regime apropriado, à espécie, é o **semiaberto**, conforme ditame do art. 33, § 3.º, do Código Penal, segundo o qual "*a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*".

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE o *habeas corpus* para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0192381-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 187.987 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12567552009
2010016939

154268920108070015

20090111256755

20100110664055

EM MESA

JULGADO: 25/09/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PATRICIA CRISTINA OLIVEIRA CARNEIRO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : WEVERSON SANTOS ERIQUES

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 e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.