



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.249.396 - DF (2011/0094014-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
RECORRENTE : CARLOS HENRIQUE SOARES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : FABIO DE CASTRO THOMAZINI - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO EXPRESSA. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS REQUISITOS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- Da mesma forma, a norma legal que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 33, § 4º, Lei n. 11.343/2006) foi reconhecida como inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, e teve sua execução suspensa por determinação do Senado Federal. Logo, não há qualquer óbice à concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais (art. 44 do CP).

- Na presente hipótese, a Corte de origem, para negar ao recorrente os benefícios pretendidos, utilizou-se da hediondez do delito e a existência de vedação legal, em relação ao regime e a substituição da pena, respectivamente.

Recurso especial parcialmente provido, tão somente para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que se proceda a nova análise do regime prisional, bem como a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 07 de maio de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.249.396 - DF (2011/0094014-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
RECORRENTE : CARLOS HENRIQUE SOARES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : FABIO DE CASTRO THOMAZINI - DEFENSOR PÚBLICO E
OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Trata-se de recurso especial interposto por CARLOS HENRIQUE SOARES DE OLIVEIRA, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c" da Carta Magna, contra acórdão proferido pela 2ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS E DE VÍTIMAS. APREENSÃO DE 27 PORÇÕES, ACONDICIONADAS INDIVIDUALMENTE EM PLÁSTICO TRANSPARENTE, ALÉM DE 02 TABLETES ENROLADOS EM UMA FOLHA DE JORNAL, PERFAZENDO A MASSA BRUTA DE 208,72 (DUZENTOS E OITO GRAMAS E SETENTA E DOIS CENTIGRAMAS) DE MACONHA. QUANTIDADE E FORMA DE ACONDICIONAMENTO DA SUBSTÂNCIA. APLICAÇÃO DA PENA. CORRETA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Descabido falar em desclassificação para o crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, quando a prova dos autos demonstra a prática do crime previsto no artigo 33, caput, do mesmo diploma legal. A versão do acusado de que a droga (maconha) encontrada em sua residência destinava-se, tão-somente, para consumo pessoal, encontra-se dissociada do conjunto probatório acostado aos autos. Além das declarações dos policiais e das vítimas, no sentido de que o réu ofereceu drogas para um grupo de crianças, observa-se que foram encontradas na residência do réu 27 (vinte e sete) porções, acondicionadas individualmente em plástico transparente, além de 02 (dois) tabletes enrolados em uma folha de jornal, perfazendo a massa bruta de 208,72 (duzentos e oito gramas e setenta e dois centigramas) de maconha.

2. O delito previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, é considerado crime de ação múltipla, bastando para sua tipificação que o agente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pratique uma das diversas condutas ali descritas. A prova oral aliada à prova pericial não deixa margem para dúvidas no sentido de que o acusado, além de ter em depósito, ofereceu mencionada substância entorpecente para um grupo de crianças que se encontravam em sua residência.

3. Avaliada negativamente a circunstância judicial referente às circunstâncias do crime e sendo relativamente expressiva a quantidade de droga apreendida, não se mostra desproporcional o acréscimo de 06 (seis) meses de reclusão na pena-base. Ademais, com relação à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, diante da fundamentação idônea para a não aplicação do percentual máximo, impõe-se a manutenção da dosimetria da pena, porque se mostra consentânea com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

4. Recurso conhecido e não provido para manter a sentença que condenou o apelante nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 200 (duzentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. (fls. 311/312).

Extraí-se dos autos que o recorrido foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, além de 200 (duzentos) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Foi-lhe vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Irresignada, a defesa apelou, pretendendo a desclassificação da conduta para a do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, bem como a fixação da pena-base no mínimo legal, em virtude das circunstâncias judiciais favoráveis.

A Corte de origem negou provimento ao recurso, mantendo os termos da sentença, quais sejam: a) a fixação da pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão; b) redução da reprimenda em 03 (três) meses, face a existência de circunstância atenuante da confissão espontânea e a inexistência de circunstância agravante; c) incidência da causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, reduzindo-a em 3/5 (três quintos) - não o fazendo em grau máximo em virtude da quantidade da droga apreendida -, mantendo-a em 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão; d) regime inicial fechado; e e) vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nas razões do presente recurso especial, o recorrente alega violação dos arts. 33, § 2º, alínea "c" e 44, ambos do Código Penal. Para tanto, afirma que deve ser obedecido o princípio da individualização da pena, não sendo possível equiparar uma conduta cuja pena no caso concreto é de 02 (dois) anos e 01 (um) mês com uma que guarda acentuada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade. Por isso, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, afirma fazer jus ao regime aberto para o cumprimento da pena aplicada.

Insiste, ainda, na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, asseverando que todas as condições objetivas e subjetivas estão presentes, devendo incidir o benefício em comento.

Aponta, por fim, divergência jurisprudencial sobre os temas.

Contrarrazões à fl. 374.

A d. Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento parcial do recurso (fls. 392/395).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.249.396 - DF (2011/0094014-3)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

A irresignação não merece prosperar.

Na hipótese dos autos, para negar ao recorrente os benefícios pretendidos, a Corte de origem utilizou-se da hediondez do delito e a existência de vedação legal, nos seguintes termos:

O tráfico ilícito de entorpecentes é crime equiparado a hediondo e nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, com a nova redação conferida pela Lei nº 11.464/2007, a pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado. Assim, mantenho o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Nos termos do artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (fl. 318).

De fato, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

Da mesma forma, a norma legal que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 33, § 4º, Lei n. 11.343/2006) foi reconhecida como inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, e teve sua execução suspensa por determinação do Senado Federal. Logo, não há qualquer óbice à concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais (art. 44 do CP). Ilustrativamente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (...) TRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

(...)

2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida em parte apenas para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como o óbice à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime inicial mais benéfico, a ser estabelecido de acordo com o art. 33 do CP. (HC 245.849/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 24/9/2012)

Assim sendo, não se pode alicerçar o rigor do regime apenas na hediondez do crime de tráfico de drogas, devendo o juízo de origem avaliar as circunstâncias em que praticado o delito. Do mesmo modo, há que ser feito o exame para o eventual cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, tão somente para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que proceda a nova análise do regime prisional, bem como a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0094014-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.249.396 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080110295109 295101120088070001

PAUTA: 07/05/2013

JULGADO: 07/05/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CARLOS HENRIQUE SOARES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : FABIO DE CASTRO THOMAZINI - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.