



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 159.211 - SP (2010/0004145-5) (f)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHAEL EMEKA OTUTUIZO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. LEI 11.343/06. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA. FORMA MAIS GRAVOSA JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO 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, em tese, 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. Não obstante o *quantum* de pena fixado ao paciente não exceder a 8 anos de reclusão, mostra-se justificada a fixação do modo inicialmente fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea a, e § 3º, do CP e do art. 42 da nova Lei de Tóxicos, haja vista a gravidade concreta dos delitos cometidos, bem evidenciada pela elevada quantidade e natureza da droga apreendida - 18.965,5 gramas de cocaína.

3. Ordem denegada.

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, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 14 de junho de 2011. (Data do Julgamento).

Ministro JORGE MUSSI
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 159.211 - SP (2010/0004145-5) (f)

IMPETRANTE : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHAEL EMEKA OTUTUIZO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MICHAEL EMEKA OTUTUIZO contra acórdão proferido pela 11ª Câmara do 6º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal n.º 01186965.3/4, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n.º 11.343/06, na forma do art. 69 do CP.

Os impetrantes sustentam a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não poderia ter sido imposto ao paciente o regime inicial fechado com base no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/2007, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, tendo em vista que os delitos imputados ao paciente ocorreram antes da entrada em vigor da nova Lei dos Crimes Hediondos.

Destacam que, diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990 pela Corte Suprema no julgamento do HC n.º 82.959/SP, a determinação do sistema inicial de cumprimento de pena deve ser feita consoante o disposto no art. 33 do CP, razão pela qual, no caso, deveria ser fixado ao paciente o regime inicialmente intermediário.

Requeru, liminarmente, pudesse o paciente aguardar no regime semiaberto o julgamento final do presente *writ*. No mérito, pugna pela concessão da ordem, para que seja fixado, em definitivo, o modo intermediário para o início do resgate da sanção reclusiva imposta.

A liminar foi indeferida em decisão exarada pela Presidência deste Superior Tribunal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 159.211 - SP (2010/0004145-5) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, e à reprimenda de 3 (três) anos de reclusão, mais multa, pelo cometimento do delito insculpido no art. 35 da mesma lei federal, as quais, em razão do concurso material (art. 69 do CP), perfizeram o total de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, porque, no dia 24-1-2007, associou-se ao corréu Denilson Emmanuel Nweke e a terceiro indivíduo não identificado, para a prática do delito de tráfico de drogas e, ainda, trazia consigo, no interior do seu veículo automotor, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a quantidade de **18.965,5 kg de cocaína**.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

No que se refere ao regime de cumprimento de pena imposto ao paciente, o juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo inicialmente mais gravoso, *"levando em conta a gravidade da infração penal"*, bem como *"a imposição de uma reprimenda que seja a medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime"* (fl. 34).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterado o regime inicialmente fechado, sob o fundamento de que *"está de acordo com a Lei n.º 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90"* (fls. 26-27).

Consta da exordial acusatória que os crimes de tráfico de drogas e associação para o narcotráfico imputados ao paciente ocorreram em **24-1-2007**, antes, portanto, do advento da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

Com efeito, ante a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, passou a ser perfeitamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação, em tese, de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n.º 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor, como reiteradamente vem orientando este Superior Tribunal.

Nessa direção, tem-se:

PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. REGIME ABERTO INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 PELO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que preconizava o cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos em regime integralmente fechado, restou possibilitada a execução da sentença penal condenatória desses feitos pelos outros regimes prisionais previstos no ordenamento jurídico para a pena de reclusão, disciplinados no art. 33 do Código Penal (fechado, semi-aberto e aberto), bem como a progressão para o sistema mais brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP.

2. Assim sendo, em se tratando de crimes hediondos, para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada, faz-se necessário que a pena-base seja fixada acima do mínimo legal, por meio de motivação idônea, com demonstração concreta das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que, necessariamente, devem ser desfavoráveis ao réu, para a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Esse entendimento, todavia, no que tange aos delitos relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, só tem aplicação aos tipos cometidos anteriormente à vigência da Lei 11.464, de 28/3/07, haja vista que esse diploma legal preconizou que nos crimes dessa espécie a pena deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado.

4. Considerando que, no caso concreto, (a) a traficância antecedeu a citada alteração legislativa, (b) o réu é primário e (c) a pena-base foi fixada no mínimo legal (por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu), impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda aplicada por tráfico ilegal de drogas, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal.

5. Ordem concedida. (HC n.º 60523/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, j. em 25-10-2007)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: EXECUÇÃO. Criminal. Pena. Tráfico de drogas. Regime inicial fechado. Incidência do art. 2, § 1º, da Lei 8.072/90, com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redação determinada pela Lei nº 11.464/07. Fato ocorrido antes da vigência da lei. Retroatividade de lei penal mais gravosa. Inadmissibilidade. Reclusão por tempo inferior a 4 (quatro) anos. Incidência do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal. HC concedido. Aplicação da súmula 719.

A garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa impõe a aplicação, aos fatos praticados antes da edição da Lei n.º 11.464/07, da regra geral do art. 33, § 2, 'b', do Código Penal, para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena." (HC n.º 98.365/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 15-12-2009, DJe 12-2-2010)

Desta forma, perfeitamente possível a fixação, em tese, de regime inicial menos severo que o fechado aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes cometido antes do advento da Lei n.º 11.464/07, devendo ser observado, para a escolha do modo de cumprimento de pena, o disposto nos arts. 33 e 59 do CP.

Na hipótese que se apresenta, não obstante a afirmação contida no aresto impetrado de que o regime fechado estava de acordo com o estabelecido na Lei 11.464/07, inaplicável no caso, verifica-se que a forma mais gravosa de execução da sanção foi imposta ao paciente também em razão da gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela natureza e pela elevada quantidade de droga apreendida em poder do paciente - **18.965,5 kg de cocaína** -, de maneira que, não obstante o *quantum* de pena definitivamente irrogado não exceda a 8 (oito) anos de reclusão, tem-se que o regime inicial mais gravoso é o que se mostra o mais adequado para a prevenção e repressão dos delitos denunciados, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do CP, observado o disposto no art. 42 da nova Lei de Drogas.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. ARTIGO 33, §§ 2º e 3º, DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/2006. ORDEM DENEGADA.

1. Apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do quantum de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que o regime fechado, no caso, se mostra adequado, ainda que se trate de pena inferior a 8 anos, nos termos do que dispõem os §§ 2º e 3º do artigo 33, do Código Penal, e 42 da Lei nº 11.343/2006, já que ressaltado pelas instâncias ordinárias que a quantidade de droga apreendida se mostra expressiva - 21,60g de maconha e 47,80g de crack, circunstância essa inclusive utilizada para impedir a redução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 3º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

2. Habeas corpus denegado.

(HC 178.151/MG, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 04/05/2011)

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0004145-5

HC 159.211 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11869653 2532007 50070071950

EM MESA

JULGADO: 14/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALOÍSIO FIRMO GUIMARÃES DA SILVA

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHAEL EMEKA OTUTUIZO (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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.