



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.094 - MG (2011/0223799-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : TATIANA MELO ARAGÃO BIANCHINI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO DA SILVA CAMELLO

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/5. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS BRANDO QUE O FECHADO. REMESSA AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA ANALISAR O CASO CONCRETO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Concretamente fundamentada a diminuição da pena (1/5), na terceira fase da dosimetria, em razão da grande quantidade de cocaína apreendida (28 quilos), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.
2. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.
3. Neste particular, negada a fixação de outro menos gravoso apenas na literalidade das leis já superadas e não havendo trânsito em julgado da condenação, fica o tema relegado ao Tribunal de origem.
4. Ordem parcialmente concedida tão somente para que o Tribunal de origem, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." O Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 09 de agosto de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.094 - MG (2011/0223799-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : TATIANA MELO ARAGÃO BIANCHINI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO DA SILVA CAMELLO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de CARLOS EDUARDO DA SILVA CAMELLO, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Apelação Criminal n.º 2008.38.00.036435-5).

O paciente, em primeiro grau de jurisdição, por prática descrita no art. 33, *caput* c/c o art. 40, ambos da Lei 11343/2006, foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, negada a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Manejada apelação, foi provida em parte, apenas para aplicar a causa especial de diminuição, no patamar de 1/5.

Daí o presente *writ*, requerendo o impetrante seja elevado o percentual de redução de pena previsto no § 4º, do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, bem assim a modificação do regime inicial para o semiaberto.

Prestadas as informações (fls. 74/95 e fls. 98/135), opinou o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 136/151).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.094 - MG (2011/0223799-6)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/5. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS BRANDO QUE O FECHADO. REMESSA AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA ANALISAR O CASO CONCRETO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Concretamente fundamentada a diminuição da pena (1/5), na terceira fase da dosimetria, em razão da grande quantidade de cocaína apreendida (28 quilos), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.

2. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.

3. Neste particular, negada a fixação de outro menos gravoso apenas na literalidade das leis já superadas e não havendo trânsito em julgado da condenação, fica o tema relegado ao Tribunal de origem.

4. Ordem parcialmente concedida tão somente para que o Tribunal de origem, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Como visto, duas são as pretensões em exame: a) a aplicação da causa especial de diminuição pelo máximo (2/3) e b) a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

Vejamos o que disse a sentença (fls. 17/19):

Isto posto julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva deduzida na denúncia PARA CONDENAR CARLOS EDUARDO DA SILVA CAMELLO, como incurso nas sanções previstas para o fato típico descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, c/c o disposto no seu art. 40, passando a dosar-lhe a pena.

Considerando as diretrizes estabelecidas pelo artigo 42 da Lei 11.343/06 e pelo artigo 59 do Código Penal, verifico que a natureza da droga e transnacional, circunstância que será apreciada abaixo como causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de aumento de pena; outrossim não é pequena a quantidade de cocaína apreendida, em poder do sentenciado, mormente quando é sabido que esta droga, diferentemente de outras antes da venda tem seu volume multiplicado através da mistura a outras substâncias como talco, açúcar ou farinha; analisada a culpabilidade como elemento do crime na fundamentação verifico, nesta quadra, a culpabilidade como fundamento e limite da pena e tenho-a como normal para os tipos penais praticados, que são graves. Em seguimento, verifico que o acusado não possui maus antecedentes e conspira a seu favor suas peculiares condições pessoais de vida (desempregado e com o pai doente) e escolaridade. Tem-se notícia acerca da boa conduta social do réu. Quanto à personalidade do agente, não apresenta ser voltada ao crime e a partir do interrogatório (fls.121/122) e dos parcos elementos trazidos aos autos, pude constatar no acusado uma calma que não indicava decorrer de frieza, mas sim de aparente resignação com as consequências do risco que assumiu com sua conduta criminosa; a motivação foi auferir alto e imediato pleito financeiro através do trabalho ilícito, não sendo justificativa para tanto a alegação de que queria também ajudar seu pai e não que encontrava emprego, como já exposto na fundamentação da sentença. As circunstâncias e as consequências do crime não lhes são desfavoráveis já que a droga foi in totum apreendida.

Desse modo, sendo compensadas as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em relação ao crime de tráfico de drogas, no mínimo abstratamente previsto ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Consultadas as circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas, verificam-se inaplicáveis à espécie, ainda que o réu tenha confessado espontaneamente a autoria dos ilícitos que lhe foram imputados na denúncia. É que a fixação da pena privativa de liberdade no seu mínimo impede seja considerado qualquer efeito jurídico resultante da mineração genérica, inócua para autorizar sua diminuição aquém daquele patamar.

E a ele também não beneficia o disposto no artigo 41 do Diploma de regência, na medida em que essa minorante especial apenas incide nas condições objetivas (decorrentes da delação premiada) ali previstas. E ainda, não faz jus à causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, haja vista, que embora seja primário e com bons antecedentes, participou (não como simples "mula") de organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas (vide fundamentação).

De outro lado, em face da causa de aumento especial consignada no artigo 40 inciso I, da Lei 11.343/2006, aumento aquela pena em 1/6 (um sexto) uma vez comprovada "a ocorrência do tráfico internacional de drogas, tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, à míngua de outras causas especiais de aumento ou diminuição. Pelos mesmos motivos, aumento também de 1/6 (um sexto) a pena de multa que fica totalizada em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Não havendo nos autos informações sobre a situação financeira do condenado, arbitro o valor do dia-multa no mínimo legal, ou seja, em 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo da consumação dos fatos em 15 de agosto de 2008, sujeita à correção monetária quando de sua execução.

A pena aplicada deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado em virtude do montante da pena e da equiparação do tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de drogas a crime hediondo, conforme determina o artigo 33, § 2º, do Código de Processo Penal combinado com o artigo 2º, II, §1º da Lei 8.072/1990.

Em razão da quantidade de pena aplicada, incabíveis a substituição da pena e o sursis.

O acórdão, por sua vez, fixou (fls. 43/45):

No caso concreto, mormente por se tratar de recurso exclusivo da defesa, deve ser mantida a sentença, na parte em que fixou a pena-base no mínimo legal, deixando de aplicar a atenuante da confissão espontânea, na segunda fase da fixação da pena, em face do estabelecido na mencionada Súmula 231 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, haja vista que a redução da pena, pela aplicação da atenuante de confissão espontânea, não pode resultar em pena aquém do mínimo legal, ou seja, abaixo de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

(...)

Em seguida, ausentes agravantes e prosseguindo de acordo com o critério trifásico de fixação da pena, o Magistrado a quo, à falta de causa de diminuição de pena por ele reconhecida, majorou a reprimenda em 1/6 (um sexto), também no mínimo legal, conforme previsto no art. 40, I, da Lei 11.343/2006, em face da transnacionalidade do delito, a qual restou configurada, na espécie.

Entretanto, a sentença merece correção, na parte em que entendeu que o apelante não faz jus à causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006. Com efeito, o ilustre Magistrado, a partir de ilações destituídas de lastro probatório, concluiu que o acusado integraria organização criminosa. Assim fez o Juiz, baseando-se apenas na alegada quantidade de droga apreendida e no depoimento do réu, que afirmou ter transportado a droga para uma pessoa denominada JONAS, que o acusado disse ter conhecido nos Estados Unidos (fls. 121/122).

Como lembra Vicente Greco Filho, milita em favor do réu a presunção de primariedade, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, sendo ônus do Ministério Público provar o contrário.

Ora, na hipótese dos autos, o próprio Ministério Público, titular, da ação penal, não vislumbrou essa possibilidade, diante da prova indiciária produzida, deixando de denunciar o acusado CARLOS EDUARDO por crime de associação para o tráfico, embora os vínculos do acusado com JONAS já fossem do conhecimento do Parquet federal, por ocasião do oferecimento da inicial acusatória.

Não se tem notícia das circunstâncias que levaram a Polícia Federal a realizar o flagrante do réu e não se produziu qualquer prova documental ou mesmo testemunhal capaz de demonstrar a participação do acusado na suposta organização criminosa.

O réu é tecnicamente primário, não há registro de maus antecedentes, nem há provas de que integre organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas, tendo, assim direito à redução da pena, por força do aludido benefício penal.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, como visto, não há prova de que o condenado dedique-se a atividades criminosas, integre organização criminosa, sendo primário e sem antecedentes (Súmula 444 do STJ - fls. 135/198). Porém, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não se pode desconsiderar a elevada quantidade de droga apreendida em seu poder (mais de 28 kg de cocaína), além da sua natureza, ou seja, cocaína, de elevado potencial causador de dependência física e psíquica e de significativo valor no submundo do crime. Tais aspectos são efetivamente desfavoráveis ao condenado e recomendam a fixação da fração da redução de pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, em 1/5 (um quinto), pouco acima do mínimo (1/6).

Passo, portanto, a proceder à nova dosimetria penal: mantidas as penas-base no mínimo legal de 5 (cinco), anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, sem aplicação da atenuante da confissão, espontânea (art. 65, III, d, do CP), em virtude da Súmula 231/STJ, aplico a causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, fixada em 1/5 (um quinto), elevando, em seguida, a pena em 1/6 (um sexto), em face do art. 40, I, da referida Lei 11.343/2006, na forma da sentença, resultando nas penas definitivas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Ficam mantidos o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de concessão de sursis, em face do quantitativo da pena privativa de liberdade fixada.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, para que seja aplicada a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, à fração de 1/5 (um quinto), na forma da dosimetria constante do presente voto, mantendo, no mais, a sentença recorrida.

Conforme se depreende, o acórdão louvou-se quantidade de droga apreendida (28 quilos cocaína) para aplicar o quantum de diminuição no patamar de 1/5.

Nesse sentido, penso que justificado está o montante da diminuição, pois esse é mesmo o espírito do mencionado dispositivo, que dispõe:

"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."

Assim, concretamente fundamentada a redução, fixar outro *quantum* demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a variedade e a quantidade das substâncias apreendidas - 65,71g de "maconha" e 16,56g de "merla" - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante 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.

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho este julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao mais, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta - 3 anos -, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte)." HC 101291/SP, rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida." (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

No mesmo sentido:

Tráfico de drogas: "sursis" e substituição de pena por restritiva de direitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A 1ª Turma julgou prejudicado *habeas corpus* em que condenado à reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime fechado e 166 dias-multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33), pleiteava a suspensão condicional da pena nos termos em que concedida pelo Tribunal de Justiça estadual. Em seguida, deferiu, de ofício, a ordem para reconhecer a possibilidade de o juiz competente substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei. A impetração questionava acórdão que, em 9.3.2010, ao dar provimento a recurso especial do *parquet*, não admitira o *sursis*, em virtude de expressa vedação legal. Consignou-se que, ao julgar o HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010), o Supremo concluíra, em 1º.9.2010, pela inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º; e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, ambos na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito em apreço. Asseverou-se, portanto, estar superado este impedimento. Salientou-se que a convalidação da reprimenda por restritiva de direitos seria mais favorável ao paciente. Ademais, observou-se que o art. 77, III, do CP estabelece a aplicabilidade de suspensão condicional da pena quando não indicada ou cabível a sua substituição por restritiva de direitos (CP, art. 44). HC 104361/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.5.2011. (HC-104361)

Assim, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, entendendo inconstitucional o dispositivo da Lei nº 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A esse respeito, o Senado Federal editou a Resolução nº 5, publicada no DOU de 16 de março de 2012, suspendendo a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Ainda mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.06.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, que impunha o regime inicial fechado para o tráfico. Confira-se:

"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 n.º 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 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 n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 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." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Em casos como o presente, em que o regime fechado foi estipulado com base apenas nos óbices legais, já ultrapassados, tem entendido a Sexta Turma remeter a questão do regime ao juízo da execução. Porém, na espécie, ainda não há trânsito em julgado, dada a admissão, na origem, de recurso especial (fls. 154/156).

Assim, deverá o Tribunal de origem, cujo acórdão ratificou a sentença, no tópico, reapreciar a questão.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** tão somente para que o Tribunal de origem, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0223799-6

HC 219.094 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14122008 200838000238511 200838000364355

EM MESA

JULGADO: 09/08/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : TATIANA MELO ARAGÃO BIANCHINI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO DA SILVA CAMELLO

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 unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

O Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.