



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.161 - SP (2009/0099843-2)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : MARCO ANTÔNIO DO AMARAL FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : AHAMAD KASSEM FADEL

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AUMENTO DA PENA EM CORREÇÃO, DE OFÍCIO, A ERRO MATERIAL DA SENTENÇA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. *REFORMATIO IN PEJUS*. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA CONSIDERADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E, SIMULTANEAMENTE, COMO ÓBICE À INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO RÉU INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELA AUTORIDADE IMPETRADA. MINORANTE APLICADA PELO STJ NO PERCENTUAL MÍNIMO DE 1/3. ENVOLVIMENTO DO RÉU NO EVENTO DELITIVO COMO CRITÉRIO PARA DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 11.464/2007.

1. Os erros materiais contidos no dispositivo da sentença foram apontados pelo Ministério Público Federal em contrarrazões de apelação. Embora configurado trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, o Tribunal *a quo* elevou a pena em recurso exclusivo da defesa, o que consubstancia verdadeira *reformatio in pejus*, não admitida no nosso ordenamento jurídico. Inexistindo recurso ministerial, o réu não pode ser prejudicado por se ter valido da interposição de recurso no exercício de sua ampla defesa.

2. O Tribunal *a quo* entendeu não existir um juízo de certeza de que o paciente participava como membro integrante de organização criminosa. Obstou o benefício previsto para o traficante ocasional com fulcro na quantidade de droga

3. A natureza e quantidade de droga não podem servir, concomitantemente, para elevar a pena base na primeira etapa do método hungariano e para impedir a incidência do 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, na terceira fase da fixação da pena, por caracterizar verdadeiro *bis in idem*.

4. Minorante aplicada no percentual mínimo de 1/3 (um terço) porquanto o Tribunal *a quo* asseverou que "*ao menos nesse evento delitivo*" o paciente cooperou de forma decisiva com a organização dedicada ao tráfico de entorpecente, executando operação que exigia elevado grau de colaboração para seu êxito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, praticados na vigência da Lei n.º 6.368/76, tal qual no caso concreto, devem ser aplicados os critérios estabelecidos pelo art. 33 do Código Penal, para a fixação de regime de cumprimento da pena, tendo em vista que a Excelsa Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, que vedava o benefício da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

Passo à dosimetria da pena.

6. Os fatos delituosos foram praticados anteriormente à vigência da Lei nº 11.464/2007, invocada pelo Tribunal *a quo* para impor o regime inicial fechado. Logo, a obrigatoriedade de aplicação do regime inicial fechado, independentemente da pena aplicada, por determinação da aludida norma, não incide no caso concreto, em vista da irretroatividade da lei mais gravosa.

7. O artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal possibilita o cumprimento de pena inferior a 04 (quatro) anos, em regime inicial aberto, porém, além do *quantum* da pena devem ser observadas as circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal, que, no caso do paciente, são desfavoráveis, mormente em razão da grande quantidade de droga envolvida no delito. Portanto, ainda que reduzida a sanção penal no presente *mandamus*, o regime inicial semiaberto é adequado ao caso concreto.

8. **Ordem concedida** para obstar a correção de erro material em recurso exclusivo da defesa, afastando o aumento referente à internacionalidade do delito e para aplicar a minorante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 1/3 (um terço) e assim reduzir a sanção penal para de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão - no regime inicial semiaberto - e ao pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa, mantido o valor unitário mínimo legal.

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, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, sendo que a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura a concedia em menor extensão.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 03 de novembro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO CELSO LIMONGI
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.161 - SP (2009/0099843-2)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : MARCO ANTÔNIO DO AMARAL FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : AHAMAD KASSEM FADEL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de AHAMAD KASSEM FADEL, condenado em primeira instância a cumprir pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo legal - por violação ao artigo 12, combinado com o art. 18, I e III, ambos da Lei nº 6.368/76 e artigos 29 e 62, I e II, do Código Penal - contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, embora tenha dado parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena-base para 5 (cinco) anos e afastar o regime integralmente fechado, não atendeu ao pleito de diminuição da pena, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e ainda aumentou a sanção em 1/3 (um terço), corrigindo erro material do dispositivo da sentença.

Alega o impetrante, em síntese, que **por se tratar de apelação exclusiva da defesa**, contra sentença condenatória transitada em julgado para o Ministério Público, *"jamais poderia o E. Tribunal a quo reconhecer a ocorrência de erro material, de ofício, principalmente para majorar as penas impostas ao paciente."* (fls. 05). Assim, aduz que deve ser excluída a causa de aumento da internacionalidade do delito prevista no art. 18, inciso I, da Lei nº 6.368/76.

Sustenta, ainda, que o paciente é primário, ostenta bons antecedentes, inexistindo provas de que participava como membro de alguma organização criminosa, de tal sorte que preenche os requisitos para a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 6.368/76. Insurge-se contra o fato de o Tribunal *a quo* ter considerado a natureza e a quantidade da droga por duas vezes: na primeira fase da dosimetria - para elevar a pena-base - e novamente, na terceira fase, para justificar a não incidência da causa de diminuição do traficante ocasional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, assim, a concessão da ordem *"para decretar a nulidade do v. Acórdão atacado após devida manifestação do Ministério Público Federal, excluindo-se da pena imposta a majoração da pena aplicada pelo E. Tribunal a quo e, ainda, determinando-se a prolação de nova decisão, para aplicar a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006."* (fls. 10)

As informações da autoridade impetrada foram prestadas a fls. 28/30.

O Ministério Público Federal, a fls. 45/52, opinou pela concessão parcial da ordem em parecer assim ementado, *in verbis*:

Penal. *Habeas Corpus*. Condenação pro tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12, da Lei nº 6.368/76). Apelação exclusiva da defesa. Correção de erro material pelo Tribunal. Impossibilidade. *Reformatio in pejus*. Nova lei de tóxicos. Previsão da causa especial de aumento da pena (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06). Não incidência. Parecer pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.161 - SP (2009/0099843-2)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : MARCO ANTÔNIO DO AMARAL FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : AHAMAD KASSEM FADEL

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP) (RELATOR):

A ordem deve ser concedida.

De fato, o juízo sentenciante, na fundamentação da sentença, reconheceu a internacionalidade do delito. Confira-se:

DO CRIME TIPIFICADO PELO ARTIGO 18, INCISO I DA LEI Nº
6.368/1976

INTERNACIONALIDADE DO DELITO

No que toca à incidência da circunstância especial de causa de aumento de pena, prevista pelo artigo 18, inciso I da lei nº 6.368/1976, em relação à conduta tipificada pelo réu qual seja, a de exportar ou remeter a droga ao exterior, também entende este Juízo que ela se mostra presente, pela razões que passa a expor.

Impende considerar, por primeiro, que a maneira como acautelada a droga (**ocultada no fundo falso, no interior de duas bagagens**), já evidencia a iminência da ilicitude, porquanto o resultado do tráfico iria repercutir **indubitavelmente no exterior**.

Outrossim, a tentativa de embarque para o exterior somada à sua respectiva prisão em flagrante **são firmes em demonstrar a intenção da internacionalidade do tráfico de entorpecente**.

Efeixada, portanto, a conduta típica, ilícita e culpável de AHAMAD KASSEM FADEL.

A mesma base principiológica deve ser aplicada quanto ao destino do acusado.

Ora, AHAMAD KASSEM FADEL estava na iminência de embarcar para Damasco (Síria), **quando foi preso na porta da aeronave**.

Forçoso admitir, portanto, **a comprovação da internacionalidade do tráfico de forma consumada**.

Ora, somente pelo fato de o acusado ter se posicionado na fola do *check in* devidamente munido do bilhete aéreo do passaporte **já seria razão suficiente para caracterizar a internacionalidade do tráfico**.

Incabível, portanto, a tese da defesa ao argumento de **ausência de consumação** para o aumento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(sublinhamos)

Contudo, a despeito de o juízo de primeiro grau ter reconhecido a internacionalidade do tráfico na fundamentação da sentença, finalizou o édito condenatório com o seguinte dispositivo, *in verbis*:

Dispositivo

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL** descrita na denúncia de fls. 02/04, para o fim de CONDENAR **AHAMAD KASSEM FADEL**, libanês, casado, filho de Kasse Fadel e Siham Montada, passaporte libanês 1999644, superior incompleto, nascido aos 28/01/1972, em Beirute, Líbano, vendedor, residente na Avenida Adriam Jará, Prédio Espanha, cidade Del Leste/Paraguai, como incurso nas condutas tipificadas no artigo 12, "caput", c/c o artigo 18, inciso I e III, ambos da Lei 6368/76, c.c. O artigo 29 e 62, I e II, do Código Penal a **07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO, MAIS O PAGAMENTO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS MULTA.** (grifos originais)

Os erros materiais contidos no dispositivo da sentença foram apontados pelo Ministério Público Federal em contrarrazões de apelação. Embora configurado trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, o Tribunal *a quo* elevou a pena em recurso exclusivo da defesa, o que consubstancia verdadeira *reformatio in pejus*, não admitida no nosso ordenamento jurídico.

A propósito, os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECURSO DE APELAÇÃO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA. ERRO MATERIAL NO *QUANTUM* DA PENA. CORREÇÃO DE OFÍCIO. *REFORMATIO IN PEJUS*. OCORRÊNCIA.

1. A correção, de ofício, de erro material no *quantum* da pena fixada na sentença condenatória, em prejuízo do condenado, quando feita em recurso exclusivo da Defesa, constitui *reformatio in pejus*, de acordo com a recente jurisprudência dos Tribunais Superiores. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. *Habeas corpus* concedido, para afastar a correção do erro material efetivada pelo acórdão impugnado, restabelecendo-se a pena de 05 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, fixada na sentença condenatória. (HC 122475/RS, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 08/09/2009)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CORRUPÇÃO ATIVA. APELAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PELO TRIBUNAL EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. OCORRÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM ANDAMENTO. MAUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Tribunal estadual não pode, em recurso exclusivo da defesa, corrigir erro material na parte dispositiva da sentença quanto à fixação da pena, majorando-a. Ofensa ao princípio de *ne reformatio in pejus*.

2. A jurisprudência deste Tribunal orienta-se no sentido de que a existência de inquéritos e ações penais em andamento não pode se constituir no fundamento da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

3. Ordem concedida para, afastando-se a valoração negativa dos maus antecedentes e reconhecendo a *reformatio in pejus*, fixar a pena-base dos 2 delitos no mínimo legal (2 anos cada), tornando-se definitiva em 4 anos de reclusão, no regime aberto. Em consequência, determino ao juízo singular que proceda à análise dos demais requisitos legais exigidos pelo art. 44 do CP para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. (HC 121382/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMAZ, DJe 09/03/2009)

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO (POR DUAS VEZES) EM CONCURSO FORMAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CORRIGIDA, EX OFFICIO, PELO TRIBUNAL A QUO. ERRO MATERIAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INADMISSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS CARACTERIZADA. PRECEDENTES DO STF E STJ. ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECEER A PENA FIXADA NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU.

1. O Tribunal Paulista negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a condenação imposta ao paciente, procedendo, tão-somente, à correção de erro material contido no *decisum*, elevando a reprimenda para 7 anos, 5 meses e 18 dias de reclusão.

2. Vem decidindo o colendo Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de correção de erro material, pelo Tribunal *a quo*, que importe em prejuízo ao acusado, em recurso exclusivo da defesa, porquanto consubstancia inadmissível *reformatio in pejus*.

3. Se é certo que, no processo civil, erro material pode ser corrigido a qualquer tempo, até *ex officio*, conforme preceitua o art. 463, inc. I, do Código de Processo Civil, é diverso o sistema que informa o processo penal, em cujo âmbito não consta preceito idêntico nem análogo e, como princípio cardeal, vige a proibição de *reformatio in pejus* (HC 83.545/SP, STF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJU 03.03.06).

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5 Ordem concedida, para restabelecer a pena de 6 anos, 5 meses e 7 dias de reclusão e 18 dias-multa, tal como fixado na sentença de primeiro grau. (HC 93251/SP, 5ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 01/09/2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, inexistindo recurso ministerial, o réu não pode ser prejudicado por se ter valido da interposição de recurso no exercício de sua ampla defesa.

Passa-se à análise do pedido de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 10.409/02.

A magistrada prolatora da sentença fixou a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão. Na segunda fase, a pena-base permaneceu inalterada. Na última etapa do sistema trifásico, assim se pronunciou:

Na TERCEIRA FASE da individualização da pena, em que devem ser analisadas as causas de diminuição e aumento de pena, oportunidade em que deverão incidir eventuais causas de aumento ou diminuição da Parte Geral ou Especial, ou de lei penais extravagantes (caso da Lei 6368/76 e 11.343/2006), cujo cálculo deve ser feito sobre a pena apurada na **segunda fase** prevista na Parte Geral e Especial do Código Penal, eis que fazem parte da estrutura típica do delito, verifico a presença da causa de aumento prevista no artigo 18, inciso I, da Lei nº 6.368/1976, consoante as considerações delineadas na fundamentação da sentença, pelo que aumento a pena em 1/3 (um terço).

Entendeu o juízo sentenciante ser inaplicável ao caso concreto a minorante do traficante ocasional, sob dois fundamentos distintos: irretroatividade da *novatio legis in pejus* e por entender que o ora paciente integra organização criminosa. Vejamos o núcleo de seus fundamentos no seguinte trecho do *decisum*:

Ressalte-se que o acusado foi preso em flagrante transportando uma quantidade razoável de cocaína, ou seja, 7,845 Kg. (sete quilos, oitocentos e quarenta e cinco gramas). Por tal razão, sua pena base foi elevada. Creio não ser necessário tecer a minúcias que sua pena, no caso da aplicação da lei nova seria considerada indubitavelmente, *lex gravior*.

Nem se diga que, ante todo o quadro probatório delineado nos autos, o acusado jamais teria direito à causa de redução de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006.

Com efeito, os quatro requisitos cumulativos que devem ser apreciados pelo magistrado não se entremostam presentes no caso de AHAMAD KASSEM FADEL. São eles: **o agente deverá ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.**

Ressalte-se que o artigo 42 da Lei 13.343/2006, em seu assevera que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

Ora, afora todos os argumentos já expostos e, consoante asseverado no momento da dosimetria da pena, jamais o acusado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderia ser considerado um **pequeno traficante e sim, uma traficante transnacional, que figura na ponta da organização criminosa internacional e colabora na distribuição internacional da substância entorpecente.**

Frise-se, ainda, que a ele seria imposta a causa de aumento de pena inserta no artigo 40, I, da Lei 11.343/06.

Como é sabido de todos, a traficância internacional envolve atividade criminosa organizada, pois enfeixa, em seu aspecto nuclear, no mesmo desígnio criminoso, o produtor do país que esporta a droga, o aliciador, que agencia a "mula" e cuida de todos os detalhes de sua viagem e recepção, a mula propriamente dita e o receptor do destino, que é munido de todo um aparato já outrora engendrado e de alta tecnologia para o preparo da substância, sua respectiva embalagem, transporte e distribuição.

(...)

Restou cristalino, portanto, através dos elementos fáticos probatórios, que o acusado, de fato, integra organização criminosa, bastando um perpassar de olhos em seu interrogatório judicial (fls. 112/114), eis que, quando lhe foi oferecida a oportunidade da delação premiada, não pensou duas vezes em tecer com minúcias quanto à estrutura da organização da qual, provavelmente, faça parte. A delação foi tão minuciosa que culminou na determinação de instauração de inquérito policial por este Juízo, consoante já assinalado.

Frise-se que o acusado juntou até um mapa para ajudar nas investigações (fl. 115) e, ainda, escreveu o nome dos integrantes da organização, incluindo, também, números de telefones.

Vê-se pois, que o acusado tounou-se um elo de ligação entre pelo menos o fornecedor da droga no Brasil e o receptor no exterior. Sem a atividade criminosas do acusado, a organização criminosa não teria "sucesso" em seus empreendimentos que é, de fato, transportar a cocaína de um país para outro.

Ressalte-se que a lei não exige a reiteração delituosa, posto que seu objetivo é beneficiar justamente o traficante de "primeira viagem" ou "doméstico". Noutro falar, o novel regramento não exige que o acusado de fato integre uma organização criminosa, formando com esta um vínculo estável.

Soma-se a isso a grande quantidade de cocaína transportada 7.,845 (sete quilos, oitocentos e quarenta e cinco gramas), restando evidenciado que tal empreitada delituosa estava sendo patrocinada por fortalecida organização criminosa transnacional.

(...)

Por óbvio, não se pode punir da mesma forma um pequeno traficante que leva consigo de 10g a 100g de maconha e outro, como no caso do acusado, que transportava -repita-se - 7.,845 (sete quilos, oitocentos e quarenta e cinco gramas).

O Tribunal *a quo* assim se pronunciou sobre a aplicação da minorante ora pleiteada:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na terceira fase da dosimetria da pena, há que se analisar a causa de diminuição da pena referente ao artigo 33, § 4º, que prevê redução de 1/6 a 2/3 para o agente que seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Verifico que não há nos autos registro de que o réu possua maus antecedentes, tampouco que não seja primário ou que se dedique a atividades criminosas.

Registro, ainda, que **as declarações do réu dão conta de que sua empreitada criminosa foi um fato isolado em sua vida, não havendo, ao menos num juízo de certeza, provas de que participava como membro integrante de uma grande estrutura organizada para o cometimento de tráfico de drogas.**

No entanto, **se por um lado não há provas de que a réu efetivamente participava como membro integrante de alguma organização, é claro que colaborou com ela, cabendo a ele, ao menos nesse evento delitivo,** a responsabilidade pelo transporte de grande quantidade de drogas de um país para o outro (7.845 Kf), contribuindo para o êxito da organização dedicada ao tráfico de entorpecentes, mormente por se tratar de tráfico transnacional, que, por óbvio, exige maior elaboração.

Ao meu ver, **a quantidade e o tipo de droga traficada indicam sua maior ou menor cooperação e dedicação com a organização criminosa,** tendo em vista a disposição do "empregador", não havendo como não sopesá-las quando da formação de um juízo de valoração da benesse prevista em lei, para um razoável resposta social e prevenção de futuras ações nesse sentido.

Dessa maneira, feita uma análise dos requisitos do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, entendo não ser aplicável, no presente caso, a causa de diminuição. (fls. 36 /37)

Como se vê, embora a magistrada de primeira instância tenha asseverado que o ora paciente integra ponta de organização criminosa, o Tribunal *a quo*, entendeu **não existir um juízo de certeza de que o paciente participava como membro integrante de organização criminosa.** Obstou o benefício previsto para o traficante ocasional com fulcro na quantidade de droga que, segundo a autoridade impetrada, indica maior cooperação e dedicação com a organização criminosa.

Esta relatoria, recentemente, no HC nº 123160, publicado no DJe 26/10/2009, já se pronunciou, no sentido de que a natureza e quantidade de droga não podem servir, concomitantemente, para elevar a pena base na primeira etapa do método hungariano e para justificar a aplicação de percentual mínimo de diminuição de pena, na terceira fase da fixação da pena.

Em meu ver caracteriza verdadeiro *bis in idem* a dupla utilização da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de droga como circunstância judicial desfavorável e critério para fixação do *quantum* da diminuição da pena .

Mutatis mutandis, da mesma forma que a reincidência não pode funcionar na fixação da pena-base como mau antecedente e, simultaneamente, agravar a pena - questão que culminou, inclusive, na edição da Súmula 241 deste Superior Tribunal de Justiça - à luz do mesmo raciocínio, a quantidade de droga não pode ser invocada como circunstância judicial desfavorável no estabelecimento da pena-base para, posteriormente, servir, mais uma vez, como critério para aplicar a minorante, em seu percentual mínimo.

Portanto, tendo em vista que a quantidade de droga apreendida foi invocada pelo Tribunal *a quo* para fixar a pena-base em 5 (cinco) anos (fls. 36), acima do mínimo legal de 3 (três) anos, a mesma circunstância não pode ser considerada para obstar a aplicação da minorante do traficante ocasional.

Logo, afastado o fundamento da quantidade da droga, apenas a dedicação à atividade delituosa ou a integração a organização criminosa poderia, em tese, obstar a benesse ao ora paciente. Contudo, ressalto que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, soberano na análise das provas, afirmou que não existe provas de que o ora paciente integre organização criminosa.

Assim, deve incidir no caso concreto a minorante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Aplico o percentual mínimo de 1/3 (um terço) pois, embora o Tribunal Regional não tenha identificado provas de que o recorrente integre organização criminosa, asseverou que "ao menos nesse evento delitivo" cooperou de forma decisiva com a organização dedicada ao tráfico de entorpecente, executando operação que exigia elevado grau de colaboração para seu êxito.

Passo à dosimetria da pena.

O Tribunal *a quo* fixou pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão e 83 (oitenta e três) dias-multa, cada uma no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. Na segunda fase, são ausentes causas de aumento ou diminuição da pena (fls. 36). Afasta-se, na terceira etapa, a causa de aumento relativa à internacionalidade do delito, em observância ao princípio *ne reformatio in pejus*. Aplica-se a causa de diminuição do traficante ocasional, conforme explicitado no voto, no percentual mínimo de 1/3 (um terço), o que resulta na pena final de **3 (três) anos e 4 (quatro) meses, no regime**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial fechado e ao pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa, mantido o valor unitário mínimo legal.

Quanto ao regime prisional, são indispensáveis algumas considerações.

É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, praticados na vigência da Lei n.º 6.368/76, tal qual no caso concreto, devem ser aplicados os critérios estabelecidos pelo art. 33 do Código Penal, para a fixação de regime de cumprimento da pena, tendo em vista que a Excelsa Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, que vedava o benefício da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

Da leitura do relatório da sentença (fls. 58), observo que os fatos delituosos foram praticados em 08/11/2005 anteriormente a 29/03/2009, data que foi publicada e entrou em vigor a Lei nº 11.464/2007, invocada pelo Tribunal *a quo* para impor o regime inicial fechado. Logo, a obrigatoriedade de aplicação do regime inicial fechado, independentemente da pena aplicada, por determinação da aludida norma, não incide no caso concreto, em vista da irretroatividade da lei mais gravosa.

Dentre inúmeros, o seguinte precedente desta Casa:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ADVOGADO CONSTITUÍDO REGULARMENTE INTIMADO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO APELO DEFENSIVO POR PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. O Defensor constituído foi devidamente intimado da inclusão do recurso de apelação em pauta por publicação no Diário de Justiça, o que afasta a arguição de constrangimento ilegal.

2. 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.

3. Ordem parcialmente concedida para estabelecer ao Paciente o regime inicial semiaberto para o cumprimento de sua pena reclusiva. (HC 127859/PR, 6ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2009 - grifamos)

Portanto, passemos à análise do regime inicial de cumprimento da pena dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pacientes, à luz dos critérios estabelecidos pelo Código Penal Brasileiro.

O artigo 33, § 2º, "c" estabelece que: "*o condenado, **não reincidente**, cuja pena seja igual o inferior a 04 (quatro) anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime aberto.*"

In casu, não há notícias de que o paciente seja reincidente, contudo além do *quantum* da pena base devem ser observadas as circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal, que, no caso do paciente, são desfavoráveis, mormente em razão da grande quantidade de droga envolvida no delito. Portanto, ainda que reduzida a sanção penal no presente *mandamus* entendo que o **regime inicial semiaberto** é adequado ao caso concreto.

Posto isso **CONCEDO A ORDEM** para obstar a correção de erro material em recurso exclusivo da defesa, afastando o aumento referente à internacionalidade do delito e para aplicar a minorante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 1/3 (um terço), e assim reduzir a sanção penal para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão - no regime inicial semiaberto - e ao pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa, mantido o valor unitário mínimo legal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.161 - SP (2009/0099843-2)

VOTO-VENCIDO (em parte)

MINISTRO MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

A questão fulcral discutida na presente impetração cingiu-se à aplicação retroativa da causa de diminuição prevista na nova Lei Antidrogas (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06) em face de delito praticado sob a égide da Lei n.º 6.368/76, bem como ao afastamento relativo à causa de aumento pela internacionalidade do tráfico.

Acolhendo-se o posicionamento esposado pelo relator, eminente Desembargador convocado Celso Limongi, a ordem restou concedida.

Com a devida vênia da ilustrada maioria, ousei divergir em parte, concedendo a ordem em menor extensão, somente para a exclusão da causa de aumento pela internacionalidade do delito, tendo alicerçado meu raciocínio nos seguintes argumentos infra-expostos.

No que se refere à aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, entendo, em sentido isolado ao que se tem firmado até então nesta Turma, que o dispositivo em questão deva ser aplicado em sua inteireza, não se podendo pinçar apenas a diminuição da pena e ainda substituir a reprimenda por pena restritiva de direitos, pois isso violaria a sistemática interna proposta pelo legislador que apenas previu a diminuição porque vedou a substituição da pena, não se podendo, a meu ver, promover simplesmente a desconstituição do dispositivo.

Coisa diversa é admitir a incidência de circunstâncias da nova lei mais favoráveis ao paciente, criando-se uma terceira lei mais benéfica, mista, que reúna dispositivos de ambas as leis. No caso em questão, trata-se de desconfigurar os termos de um mesmo e único dispositivo, o que, segundo meu entendimento extrapola a função judicial, imiscuindo-se o julgador na tarefa legislativa, ao rechaçar uma opção política, desestabilizando o equilíbrio entre os Poderes do Estado.

Ora, de acordo com a convicção firmada por esta Ministra, é certo que de forma minoritária na Sexta Turma, não é dado ao Poder Judiciário ingressar em seara própria do Poder Legislativo. Isso porque, se prestigiada a tese ora agitada, estar-se-ia a congregar preceitos mais favoráveis de duas leis distintas, dando azo à criação de uma terceira - híbrida e anômala - norma. Lembre-se, a propósito, a lição do Ministro da Suprema Corte argentina EUGENIO RAÚL ZAFFARONI:

"Ante a complexidade dos elementos que podem ser tomados em consideração para determinar qual é a lei penal mais benigna, não é possível fazê-lo em abstrato, e sim frente ao caso concreto. Dessa maneira,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resolve-se o caso hipoteticamente conforme uma e outra lei, comparando-se em seguida as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor. Nessa tarefa devem-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei inexistente criada unicamente pelo intérprete." (*Manual de Direito Penal brasileiro*. 2ª ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 228 e 229).

É ainda digno de nota o seguinte aspecto dogmático. O parágrafo quarto do art. 33 traz uma norma una, porém complexa. Daí a indissociabilidade de seus comandos internos e justa-postos. Um fato ninguém ignora: a *mens legis* da nova Lei de Drogas não foi suavizar o tratamento daqueles que resolvem traficar. Muito pelo contrário, até mesmo levando em considerações as demandas sociais diante do tema. Por outro vértice, trouxe uma disciplina escalonada. Para aqueles que se envolvem, fundamente, em tal universo delitivo, a pena foi bastante exacerbada. Já no tocante àqueles que debutam na seara, passou-se a cominar resposta penal menos severa, mas não em termos absolutos. Com uma mão o legislador atribuiu uma menor sanção, e, com a outra, vedou a substituição. Assim, como se trata de uma norma única, dotada de aspectos parcelares, jungidos estrutural e teleologicamente, deve ela ser interpretada/aplicada respeitando-se esta condição de unicidade. São, pois, faces inseparáveis da mesma moeda.

Pode-se, ainda, pontuar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já se orientou contrariamente ao "coquetel de normas" em termos de estabelecimento dos termos da *lex mitior*. Confira-se, então, o seguinte comando do Código Penal Militar:

"Lei supressiva de incriminação

Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

Retroatividade de lei mais benigna

1º A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevivido sentença condenatória irrecorrível.

Apuração da maior benignidade

2º Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato. (destaquei)."

De mais a mais, no meu sentir, a Lei n.º 6.368/76, por franquear a substituição da pena é, sim, mais benéfica que a Lei n.º 11.343/06. Melhor ao paciente seria aplicar, portanto, neste ponto específico, a Lei n.º 6.368/76, o que viabilizaria a substituição da pena, que seria mais benéfica do que a simples redução da pena.

Sob a égide da antiga Lei de Tóxicos já se havia firmado o entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acerca da possibilidade de substituição da pena no crime de tráfico, diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DELITO PRATICADO ANTES DE ENTRAR EM VIGOR A LEI N.º 11.343/06.

1. O único óbice à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados residia no caráter especial dos rigores do revogado regime integral fechado.

2. Não obstante o art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 vedar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, tal norma não pode ser aplicada ao presente caso, pois o delito atribuído aos ora Pacientes foi praticado antes da vigência da nova Lei de Tóxicos.

3. Inexiste qualquer empecilho legal quanto à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

4. Ordem concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos autorizadores da concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Por se encontrar em idêntica situação processual à dos ora Pacientes, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos da ordem concedida ao co-réu Cleison de Souza Medeiros." (STJ, Quinta Turma, HC 79232/RO, Relatora Ministra LAURITA VAZ, j. 26/02/2008, DJ de 24.03.2008, p. 1)

"HABEAS CORPUS - PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - DIMINUIÇÃO DE PENA DA LEI NOVA - APLICAÇÃO RETROATIVA - POSSIBILIDADE. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADA - FIXAÇÃO PELO JUIZ DA EXECUÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - POSSIBILIDADE - ESCOLHA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA E CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1- É aplicável retroativamente, nos termos do disposto na Constituição da República e no Código Penal, a norma penal benéfica, mesmo em casa de sentença transitada em julgado.

2- Ante a declaração da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado pelo Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena para condenados por crimes hediondos ou assemelhados deve ser feito levando-se em conta os requisitos do artigo 33 do Código Penal, sendo perfeitamente cabível, portanto, o aberto, desde que favorável o exame das circunstâncias judiciais referentes ao agente. Precedentes da 5ª Turma do STJ.

3- A substituição da pena privativa de liberdade imposta a traficantes de drogas condenados sob a égide da antiga Lei Antidrogas é possível, salvo se a quantidade da pena imposta não o permitir ou se for desfavorável o exame das circunstâncias judiciais referentes ao agente. Precedentes do STF.

4- Ordem parcialmente concedida e concedida de ofício." (STJ, Quinta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, HC 92272/RJ, Relatora Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j. 08/11/2007, DJ de 26.11.2007, p. 228)

"RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS – SUBSTITUIÇÃO DA PENA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – EXAME FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STF – RECURSO PROVIDO.

1- Admite-se, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos crimes de tráfico praticados sob a égide da Lei 6.368/1976, exigindo-se, entretanto, análise favorável de todas as circunstâncias judiciais mencionadas no inciso III do artigo 44 do Código Penal.

2- Recurso provido para possibilitar a substituição da reprimenda nos moldes da sentença de 1º Grau." (STJ, Quinta Turma, REsp 963011/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relatora p/ Acórdão Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j. 08/11/2007, DJ de 03.12.2007, p. 361)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 12, *CAPUT*, C/C ART. 18, III, DA LEI 6.368/76. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF. CAUSA DE AUMENTO DA ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO. LEI Nº 11.343/2006. *NOVATIO LEGIS IN MELLIOUS*.

I - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes).

II - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

III - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos.

IV - Tendo em vista o entendimento acima, não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

V - A Lei nº 11.343/2006 (nova Lei de Drogas), a par de ter revogado as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/2002, não prevê, como causa de aumento de pena, a associação eventual para o tráfico. Assim, verificada a *novatio legis in mellius*, é de ser afastada a aplicação, na hipótese, do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76.

Writ concedido. *Habeas corpus* concedido de ofício." (STJ, Quinta Turma, HC 88567 / BA, Relator Ministro FELIX FISCHER, j. 08/11/2007, DJ de 17.12.2007, p. 272)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema:

"PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS PRESENTES. SUPERAÇÃO DO ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90, QUANTO AO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ORDEM CONCEDIDA.

I - A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, observados os seus pressupostos de incidência.

II - A regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.071/90, pode ser superada quando inexistir impedimento à substituição.

III - Ordem concedida." (STF, Primeira Turma, HC 88879/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 02/03/2007, p. 653.)

"I. *Habeas corpus*: deficiência da fundamentação: indeferimento. II. Sentença condenatória por tráfico de entorpecentes. Pena privativa de liberdade: cabimento da substituição por restritiva de direitos, na condenação por fato ocorrido na vigência da L. 6.368/76: inadmissibilidade da aplicação retroativa de lei penal posterior mais gravosa (CF/88, art. 5º, XL). III. *Habeas corpus*: deferimento, de ofício, para anular o acórdão da apelação no ponto em que indeferiu a substituição da pena privativa de liberdade, devendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prosseguir no julgamento da apelação, analisando, como entender de direito, a presença dos requisitos para a substituição contidos no art. 44 do C. Penal." (STF, Primeira Turma, HC 91600/RS, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 07/08/2007, DJ de 06.09.2007, p. 40.)

"PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. LEI 6.368/76. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PRESENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, ocorrido sob a égide da Lei 6.368/76, desde que observados os requisitos objetivos e subjetivos, no caso concreto. Precedente. 2. Ordem concedida." (STF, Segunda Turma, HC 84715/ SP, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 08/05/2007, DJ de 29.06.2007, p. 143.)

Da mesma forma, a Lei n.º 11.464/2007, que alterou o art. 2º da Lei n.º 8.072/1990 para incluir, no § 1º, a determinação de que "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente no regime fechado", constitui *lex gravior*, insuscetível de retroagir para prejudicar o réu, impondo-se a fixação do regime inicial nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal. São nesse sentido os precedentes desta Corte :

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6.368/76. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, DO CP. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. ADMISSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Verificado que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/07, a qual, 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, do Código Penal.

2. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes.

3. Concedida parcialmente a ordem para, mantida a condenação, reformar o regime prisional de cumprimento da pena reclusiva para o inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito." (HC 131637/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 03/08/2009)

"PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ERRÔNEA FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE – AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E INERENTES AO PRÓPRIO CRIME – MESMO FATO CONSIDERADO COMO ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – CONFIGURAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 11.464/07. JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE, AO CONSIDERAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO, PERMITIU A INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA – ORDEM CONCEDIDA PARA REDUZIR A PENA BASE E SUBSTITUIR O REGIME INICIALMENTE FECHADO PELO SEMIABERTO.

Na fixação das penas-base não pode o Magistrado utilizar afirmações genéricas e elementos inerentes ao próprio crime para agravar a situação do condenado.

Na dosimetria da pena não pode um mesmo fato ser considerado para configurar antecedentes e reincidência (Súmula 241 do STJ).

A Lei 11.464/07 não pode ser aplicada retroativamente para impor ao autor de crime de tráfico, praticado sob a égide da Lei 6368/76, o regime inicialmente fechado.

Se o paciente tem em seu favor a análise das circunstâncias judiciais e sua pena não excede quatro anos, ele deve iniciar o cumprimento de sua pena no regime semiaberto (Súmula 269 do STJ).

Ordem concedida para reduzir as penas-base e a final, bem como substituir o regime inicialmente fechado pelo semiaberto." (HC 115497/MG, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe 02/03/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, tendo sido cometido o crime quando ainda em vigor a Lei n.º 6.368/76, a decisão deve, *in casu*, pautar-se pela disciplina anterior, tanto com relação ao regime prisional quanto com a possibilidade de substituição da pena.

Ante o exposto, com vênias ao entendimento externado pela maioria, **concedo em parte** a ordem, nesse ponto em conformidade com o voto proferido pelo relator, Desembargador convocado Celso Limongi, a fim de afastar o acréscimo da pena referente à internacionalidade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0099843-2

HC 137161 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200561190074916

EM MESA

JULGADO: 03/11/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCO ANTÔNIO DO AMARAL FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : AHAMAD KASSEM FADEL

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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 a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, sendo que a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura a concedia em menor extensão."

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 03 de novembro de 2009

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário