



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.479 - SP (2011/0208550-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JOSÉ RICARDO DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. CABIMENTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico internacional de drogas, após ser preso em flagrante ao tentar embarcar para a Alemanha trazendo em seu estômago, para fins de comércio, 576 g de cocaína.

2. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

4. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que o Paciente não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.
Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.479 - SP (2011/0208550-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JOSÉ RICARDO DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ RICARDO DE OLIVEIRA, preso em flagrante, no dia 27 de julho de 2007, e condenado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso I, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal Regional Federal da 3.ª Região.

Busca a Impetrante, liminarmente, a alteração do regime de cumprimento de pena para o semiaberto. No mérito, requer o afastamento da Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça, para reduzir a pena abaixo do mínimo legal em virtude da atenuante da confissão espontânea, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo, e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 175/176).

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 187/190.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 194/199, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.479 - SP (2011/0208550-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. CABIMENTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico internacional de drogas, após ser preso em flagrante ao tentar embarcar para a Alemanha trazendo em seu estômago, para fins de comércio, 576 g de cocaína.

2. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

4. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que o Paciente não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

VOTO

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

Informam os autos que o Paciente foi preso em flagrante, no dia 27 de julho de 2007, ao tentar embarcar para a Alemanha trazendo em seu estômago, para fins de comércio,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

576 g de cocaína.

O MM Juiz de Direito da 1.^a Vara Federal de Guarulhos, ao condenar o réu como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, assim individualizou a pena:

"Passo, então, à individualização da pena.

*No tocante à fixação da pena-base da pena privativa de liberdade, há que se conjugar o disposto no **artigo 59 do Código Penal** ao quanto determinado pelo **artigo 42 da Lei nº 11.343/2006**, em que o juiz considerará, na fixação da pena, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código penal.*

*No caso concreto, tem-se que JOSÉ RICARDO DE OLIVEIRA foi detido com a substância entorpecente denominada **cocaína**, droga esta de notórios efeitos maléficos ao organismo humano, na **quantidade** de 576g (quinhentos e setenta e seis gramas). Analisando, em prosseguimento, **a personalidade e a conduta social do agente**, tenho-as como **desabonadoras**, haja vista que se trata de indivíduo que se dispõe a cruzar fronteiras internacionais transportando substância entorpecente, como meio de angariar dinheiro.*

*Quanto às demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal ainda não citadas, como **a culpabilidade, os antecedentes, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime**, tenho que: **a culpabilidade** é circunstância judicial que deve ser valorada em prejuízo do réu. Trata-se de reprovação social que deve incidir sobre quem aceita voluntariamente atuar ou colaborar para o tráfico de drogas; quanto aos **antecedentes**, observo que nada de importante evidenciou-se sobre o réu, nas certidões juntadas aos autos; no que concerne ao **motivo**, entendo tal circunstância como totalmente **desabonadora**, haja vista que a intenção de obter lucro fácil proporcionado pela narcotraficância, reveste-se de maior gravidade do que a de outras condutas que revelam modalidade gratuita e, quanto às **circunstâncias e conseqüências** anoto os*

efeitos deletérios que, chegando a seu destino, a substância entorpecente iria deflagrar.

*Assim, conjugando o artigo 59, do CP e os ditames do artigo 42 da Lei de Tóxicos, considero, com preponderância, a natureza, a quantidade, a personalidade e a conduta social do agente, fixo **a pena-base em 08 anos de reclusão**.*

*Verifico a existência de circunstância atenuante, em razão da confissão espontânea do réu, posto que afirmou, em juízo, estar ciente de que transportava a droga. Dessa forma, diminuo a pena-base em 01 ano, fixando, provisoriamente, em **7 anos de reclusão**.*

Na terceira fase, no tocante às causas de diminuição e de aumento de pena, incide na espécie o artigo 33, §40, bem como o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

Quanto à causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06), reconhecendo a primariedade e os bons antecedentes do réu pelas certidões acostadas aos autos, bem assim não havendo prova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*cabal de que se dedique a atividade criminosa ou que seja componente de organização voltada para o crime, deve ser aplicado o disposto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual diminuo de 1/2 (metade) a pena anteriormente fixada, fixando-a em **3 (três) anos, 06 (seis) meses**.*

*Quanto a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, em razão da **internacionalidade** devidamente reconhecida nos termos da fundamentação supra, cabe a majoração da reprimenda em 1/6 (um sexto), pelo fixo a pena em **4 anos de 1 mês de reclusão, que a torno definitiva**.*

*A pena privativa de liberdade fica, portanto, estabelecida no patamar **de 4 anos de 1 mês de reclusão**.*

*No tocante à pena de multa, aplicando os mesmos critérios e fundamentos utilizados para a pena privativa de liberdade e atento ao comando do artigo 43 da lei de regência, aumento de 1/6 a pena-base (500 dias-multa) por força dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06; diminuo de 1/6, na segunda fase e, na terceira fase, aumento de 1/6 o resultado em razão do artigo 40, inciso I; e diminuo o montante de 1/2 pelo artigo 33, § 40, tornando-a definitiva em **408 dias-multa**, cujo valor fixo em **1/30** do salário mínimo vigente, haja vista a ausência de elementos nos autos indicativos da situação financeira do réu. Sobra pena de multa incidirá correção monetária.*

A pena privativa de liberdade cominada ao réu deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos do artigo 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, ressaltando que a verificação do preenchimento das condições para progressão de regime ficará a cargo do Juízo da Execução, inclusive no tocante a eventual direito a progressão pelo tempo de prisão provisória já decorrido.

***Incabível a substituição** da pena privativa de liberdade por restritiva de direito a teor do disposto no art. 44, "caput", da Lei nº 11.343/2006. Sobre a aludida vedação legal, observa Guilherme de Souza Nucci que "nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não se fere a individualização da pena. Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas." (in "Leis Penais e Processuais Penais Comentadas", São Paulo, RT, 2006, pág. 802)." (fls. 37/38)*

O Tribunal Federal *a quo*, em sede de apelação, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como dar parcial provimento ao recurso da Defesa para fixar a pena-base no seu mínimo legal, fixando a pena em 05 anos e 10 meses de reclusão.

Confiram-se, por oportunos, os fundamentos do acórdão impugnado:

"Passo à dosimetria da pena e análise dos recursos de apelação de ambas as partes:

Na primeira fase de aplicação da pena, a magistrada sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 8 (oito) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, sob o fundamento de que o réu se dispôs a cruzar a fronteira para obter lucro fácil, bem como fez menção aos efeitos deletérios do entorpecente como uma das consequências do crime.

Os fundamentos utilizados na sentença condenatória para descrever seu grau de culpabilidade, para valorar o motivo do crime como desabonador, bem como para valorar negativamente as circunstâncias e consequências do crime, já se encontram implícitos no tipo penal que, inclusive, já teve a pena mínima bastante elevada pelo legislador em 2006, além de ser equiparado a crime hediondo.

Dessa forma, se o réu não registra antecedentes e os demais elementos do art. 59 do CP lhe são favoráveis, apenas em decorrência da quantidade (576g) e qualidade (cocaína) da droga apreendida, a pena-base deve ser fixada no seu mínimo legal, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Na segunda fase, inexistem agravantes.

Nesta fase, extrai-se dos autos que o Juízo de 1º grau alicerçou a sentença condenatória, dentre outros elementos, na confissão judicial do denunciado, o que dá azo à aplicação da atenuante genérica prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

Nessa esteira, colaciono o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: "(...) Se a confissão judicial é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, deve ser aplicada" (HC 70437/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 17.09.07, p. 314).

Assim, mantenho a pena em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, já que tal reconhecimento não influirá na definição da pena que não pode ficar aquém do mínimo, consoante preconizado na Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase de aplicação da pena, verifico que foi fixado o aumento da internacionalidade, no percentual de 1/6 (um sexto), com fundamento no art. 40, inciso I, da Lei n. 11.343/06, pois presente uma única causa de aumento, pelo que a pena passa a ser fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Nesse sentido, decisão desta Corte: (...) O emprego do acréscimo de 2/3 (dois terços) decorrente da internacionalidade do tráfico é nitidamente excessivo, eis que presente uma única causa de aumento, devendo o percentual de majoração ser reduzido ao mínimo legal. Na esteira do entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, há de se admitir a retroatividade benéfica do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, que abriga o percentual mínimo de 1/6 (um sexto), resultando a pena privativa de liberdade definitivamente fixada em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e a pena pecuniária em 77 (setenta e sete) dias-multa, mantido o valor unitário mínimo." (ACR 2005.61.19.0069763, rel. Des. Fed. Johanson Di Salvo, DJF3 27.05.10) grifei

Ainda na terceira fase de aplicação da pena, foi aplicada a causa de diminuição prevista no 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Houve irresignação do Ministério Público Federal que requer a não aplicação da referida causa de diminuição ou, ao menos, a aplicação em seu percentual mínimo de 1/6 (um sexto). De outra parte, a defesa postula a aplicação do benefício no percentual máximo de 2/3 (dois terços).

O réu é primário e não ostenta maus antecedentes (fls. 83/84, 105, 106 e 112). Conduto, verifica-se no passaporte do recorrente, juntado às fls. 45, que existe alguns carimbos de entrada e saída de país estrangeiros como Portugal, Espanha e Turquia.

Ademais, observa-se que a sua participação na empreitada criminosa era o transporte da droga, mediante promessa da recompensa previamente estipulada. Em seu interrogatório judicial (fls. 136/140), relata que foi contratado para levar a cocaína para o exterior e que informou ao aliciante que já havia viajado antes. Viajou diversas vezes para a Espanha, e também foi à Turquia. Afirmou que sempre entrava por Portugal onde o controle de imigração é menos rigoroso.

Apesar de aduzir que sua companheira, que reside na Espanha, sempre lhe mandava pequena ajuda em dinheiro e custeava suas viagens à Europa, em março de 2007 retornou da Espanha com a quantia de R\$3.000,00 (três mil euros), a qual gastou em consumo de drogas.

Verifica-se, portanto, do conjunto probatório, especialmente em razão da circunstância em que o apelante foi preso, (em flagrante delito, no Aeroporto Internacional de Guarulhos-SP, quando estava prestes a embarcar em voo da companhia aérea TAP com destino a Frankfurt/Alemanha, trazendo consigo, para fins de comércio ou de entrega a consumo de terceiros, no exterior, 576g (quinhentos e setenta e seis gramas), peso líquido, de cocaína, acondicionadas em 80 (oitenta) cápsulas, as quais foram ingeridas pelo réu), que se subordina de modo permanente à uma organizações criminosas com grande poder econômico, pois o réu receberia US\$ 4.000,00 (quatro mil dólares) pelo transporte. Ademais, somente uma organização criminosa atuaria em países diferentes e teria como providenciar o acondicionamento em cápsulas como meio de dissimular a fiscalização, pagando tal montante em dólares.

Esses relatos deixam claro que o apelante se dedica a atividades criminosas e, portanto, não faz jus à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, art. 33, da Lei 11.343/06, pelo que a pena é definitivamente fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Pretende a defesa a descaracterização do caráter hediondo do tráfico de entorpecentes descrito no art. 33, com a incidência do §4º da Lei 11.343/06.

Não é plausível a desconsideração da hediondez do crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 33, da Lei 11.343/06, apenas pela incidência da causa de diminuição do § 4º, uma vez que sua aplicação não resulta, por si só, na classificação de crime de tráfico de drogas privilegiado.

A propósito, mesmo com a previsão dos benefícios do § 4º há a intenção do legislador em manter o tratamento diferenciado ao tráfico. Portanto, por força do disposto no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição, o tráfico, ainda que com a previsão legal de diminuição de pena, remanesce



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um crime equiparado a hediondo.

Frise-se, ainda, que nem mesmo o paralelo traçado com o homicídio privilegiado se mostra pertinente, porquanto ao contrário do que ocorre em relação ao crime contra a vida, no impropriamente denominado "tráfico privilegiado", as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar.

No mais, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, uma vez que não se encontram preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, pois a pena privativa de liberdade supera 4 (quatro) anos, e, portanto, não há que se falar em declaração parcial de inconstitucionalidade via incidental, com redução de texto do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Não existe respaldo legal para aplicação do regime inicial semi-aberto para o cumprimento de pena, por previsão do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos. O regime inicial adequado, portanto, é o fechado, conforme alteração pela Lei 11.464/2007, mormente quando a ocorrência do fato delituoso é posterior a vigência da nova lei.

Nesse sentido, vide:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO: OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07, INDEPENDENTEMENTE DA APLICAÇÃO, OU NÃO, DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/06. PRECEDENTES. DECRETO N. 7.046/09. VEDAÇÃO À CONCESSÃO DE INDULTO A CONDENADOS POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, OU POR CRIME HEDIONDO. WRIT DENEGADO.

1. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/07, que deu nova redação ao § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, independentemente da aplicação, ou não, da causa especial de diminuição prevista no § 4.º, do art. 33, da lei n.º 11.343/06. Precedentes.

2. Nos termos do art. 8.º, incisos I e II, do Decreto n.º 7.046/09, é vedada a concessão de indulto a condenados por tráfico ilícito de drogas, ou por crime hediondo.

3. Writ denegado. (HC 179801/MS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 06/04/2011)

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal para afastar da causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, bem como dou parcial provimento ao recurso da defesa para fixar a pena-base no seu mínimo legal, pelo que fica a pena definitiva fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e tres) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos, mantida, no mais, a sentença recorrida." (fls. 156/160)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pois bem.

Busca o Impetrante afastar a Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça, para reduzir a pena abaixo do mínimo legal em virtude da atenuante da confissão espontânea, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou a fixação do regime inicial semiaberto.

Inicialmente, cumpre anotar que é firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior, *in verbis*:

"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Outrossim, são requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 3.º da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Na hipótese, inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa.

Ressalte-se não ser possível afastar o entendimento exarado pela instância ordinária, soberana em matéria de prova, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do *writ*.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA N.º 231/STJ. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDENTE ESPECÍFICO. TRANSNACIONALIDADE VERIFICADA. PACIENTE DETIDO NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS/SP PRESTES A EMBARCAR PARA A ÁFRICA DO SUL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDOS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREJUDICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Na hipótese, a pena-base do delito imputado ao Paciente foi fixada acima do mínimo legal também, porque as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas, no caso concreto, desfavoráveis ao Apenado.

3. "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." (Súmula 231 desta Corte)

4. A incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 em seu grau máximo de redução (2/3), igualmente, não deve ser acolhido, pois o Paciente é reincidente específico.

5. Quanto à transnacionalidade do tráfico, o entendimento firmado neste Superior Tribunal é no sentido de que, para sua caracterização, basta apenas que a operação vise a difusão da droga no exterior, com sua apreensão ainda no aeroporto, antes do efetivo embarque.

6. O Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, quer porque a pena definitiva foi fixada acima de 04 (quatro) anos de reclusão, quer porque reincidente específico no crime de tráfico internacional de entorpecentes.

7. Evidenciado o trânsito em julgado da ação penal, resta prejudicado o pleito de recorrer em liberdade.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada." (HC 123.699/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 22/11/2010)

De outro lado, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a medida não se mostra adequada, uma vez que o Paciente não preenche o requisito previstos no art. 44, inciso I, do Código Penal, já que sua reprimenda foi fixada acima de 04 de reclusão.

No entanto, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastar a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Por todos, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO EVIDENTE. 4. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INDEFERIMENTO COM BASE NA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço, em que o regime fechado foi estabelecido apenas em razão do delito de tráfico ser equiparado a crime hediondo, ocasionando ilegalidade manifesta.

4. Considerando que as instâncias ordinárias entenderam não ser a quantidade e a qualidade da droga apreendida aptas a agravarem a situação do paciente, tanto que as circunstâncias judiciais foram tidas por favoráveis - ocasionando a fixação da pena-base no mínimo legal -, bem como em razão da aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), deve ser restabelecida a sentença condenatória, a qual fixou o regime aberto para desconto da sanção reclusiva.

5. Reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, quando a pena aplicada for inferior a 4 anos de reclusão, fica manifesto o constrangimento ilegal a que se encontra submetido o paciente, uma vez que o aludido benefício foi negado com base unicamente na gravidade em abstrato do delito.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício a fim de restabelecer a sentença proferida pelo Magistrado singular, fixando-se, portanto, o regime aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente, a qual deverá ser substituída por 2 (duas) medidas restritivas de direitos." (HC 249.999/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 19/10/2012)

Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar ao Paciente o regime inicial semiaberto.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes verbetes sumulares do Pretório Excelso:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Referido entendimento restou consolidado no enunciado n.º 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM *habeas corpus* para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0208550-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 217.479 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200761190063678 63675020074036119

EM MESA

JULGADO: 21/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JOSÉ RICARDO DE OLIVEIRA (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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.