



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
2ª TURMA DE DIREITO PENAL

ACÓRDÃO N.º:
PROCESSO N.º 2013.3.010233-0
AÇÃO/RECURSO: Apelação Penal
COMARCA DE ORIGEM: Acará
APELANTE: David da Silva Góes (Defensor Público Domingos Lopes Pereira)
APELADA: A Justiça Pública
PROCURADORA DE JUSTIÇA: Dulcelinda Lobato Pantoja
RELATORA: Desa. VANIA FORTES BITAR

APELAÇÃO PENAL – CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76 – 1) APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPROCEDÊNCIA – APELANTE QUE NÃO CONFESSOU ESPONTANEAMENTE, EM NENHUMA DAS FASES PROCESSUAIS, A PRÁTICA DELITIVA – 2) RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, ART. 33, DA LEI N.º 11.343/2006 – IMPOSSIBILIDADE – CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976, A QUAL SE MOSTROU MAIS BENÉFICA, EM SUA TOTALIDADE, AO RÉU – 3) MODIFICAÇÃO PARA REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO – PROCEDÊNCIA – MAGISTRADO DE PISO QUE NÃO MOTIVOU A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO – QUANTIDADE DA PENA APLICADA E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM SUA MAIORIA FAVORÁVEIS QUE PERMITEM A READEQUAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO – 4) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – INVIABILIDADE – QUANTUM DE PENA FIXADO AO RÉU QUE NÃO POSSIBILITA TAL BENEFÍCIO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. In casu, tem-se que o apelante não confessou a prática delitiva a si imputada, pois apenas admitiu, em juízo, ser usuário de substância entorpecente, permanecendo silente perante a autoridade policial, não restando assim, configurada a atenuante prevista no art. 65, inciso III, d, do CP, sendo certo que a incidência da referida atenuante na espécie exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não sendo apta para atenuar a pena a mera admissão da propriedade para uso próprio. Precedentes do STJ.

2. É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, sobre a pena fixada com base na Lei 6.368/1976, sendo vedada a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. Todavia, é cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que seja mais favorável, em sua totalidade, ao réu do que a aplicação da Lei n. 6.368/1976. Entendimento adotado pelo STF, em sede de repercussão geral (RE n.º 600817/MS) e pelo STJ, em sede de recurso repetitivo (REsp nº 1117068/PR). Súmula 501, do STJ.

In casu, o apelante foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 12, caput, da Lei n.º 6.368/1976, tendo em vista ter



sua pena-base sido elevada em 02 (anos) de reclusão, em virtude de sua culpabilidade exacerbada. Assim, a aplicação da referida lei em sua totalidade revelou-se mais favorável do que a aplicação integral da Lei n.º 11.343/2006, mesmo com a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, cabível na hipótese, na fração de 1/6 (um sexto), em razão da considerável quantidade de drogas apreendida em poder do apelante.

3. Tendo em vista que o magistrado de piso não motivou a imposição do regime fechado, o que não poderia ter sido feito, modifica-se o regime de cumprimento da reprimenda corporal imposta ao apelante para o semiaberto, considerando a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do §1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, bem como a quantidade de pena aplicada ao réu, 05 (cinco) anos de reclusão, e as circunstâncias judiciais em sua maioria favoráveis, conforme previsto no art. 33, § 2º, b, c/c art. 59, ambos do CP.

4. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o quantum de pena fixado ao réu não permite tal benefício, nos termos do art. 44, I, do CP.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para modificar o regime de cumprimento da reprimenda corporal imposta ao apelante para o semiaberto.

Vistos, etc.,

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 2ª Turma de Direito Penal, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, apenas para modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos dez dias do mês de outubro de 2017.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes.

Belém/PA, 10 de outubro de 2017.

Desa. VANIA FORTES BITAR
Relatora



RELATÓRIO

Tratam os autos de apelação interposta por DAVID DA SILVA GÓES, inconformado com a sentença prolatada pelo MM.º Juiz de Direito da Comarca de Acará que o condenou à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso, pela prática do crime previsto no art. 12, caput, da Lei n.º 6.368/76.

Em razões recursais, pugna o apelante, em síntese, pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, requerendo, ainda, a modificação para regime prisional mais brando e a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento e improvimento do apelo.

Nesta Superior Instância, a Procuradora de Justiça Dulcelinda Lobato Pantoja se manifestou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para que seja modificado o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao apelante para o semiaberto.

É o relatório.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Narra a denúncia, que na madrugada do dia 22 de abril de 2001, por volta das 00h30min, policiais militares faziam ronda na cidade de Acará, sendo que ao chegarem em frente à danceteria Rosemiro Dance, abordaram OBDI GONÇALVES FERNANDES, o qual, em atitude suspeita, tentou esconder-se ao ver a viatura, tendo os aludidos policiais revistado o mesmo e encontrado com ele um saco plástico contendo erva esverdeada, ocasião em que o mesmo informou que havia trocado a referida substância por uma fogão de duas bocas com o indivíduo DAVID DA SILVA GÓES.

Em seguida, os policiais foram até à residência de DAVID e ao revistarem a casa, encontraram em uma mochila cerca de 73 (setenta e três) papérolas de cannabis sativa, em forma de cigarro, totalizando 175 (cento e setenta e cinco) gramas, tendo sido o mesmo incurso nas sanções punitivas do art. 12, da Lei n.º 6.368/76.

Acrescenta a exordial acusatória que, perante a Polícia, OBDI admitiu ser usuário de maconha e afirmou ter sido a primeira vez que realizou transação com DAVID,



tendo sido encontrado com ele, durante a revista realizada pelos policiais, 35 (trinta e cinco) gramas de maconha, razão pela qual foi o mesmo incurso nas sanções punitivas do art. 16, da Lei n.º 6.368/76, sendo que em razão do referido delito ter sido considerado de pequeno potencial ofensivo, nos termos da Lei n.º 10.259/01, o juiz a quo determinou a separação do feito em relação ao corrêu OBDI, ex-vi despacho de fls. 121.

Requer o apelante, em síntese, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, pugnando, ainda, pela modificação do regime prisional a si imposto e pela substituição da sanção corporal que lhe foi fixada por restritiva de direitos.

No que se refere à fixação da pena-base, ressalta-se que embora o apelante não tenha se insurgido a respeito da mesma, cabe a apreciação de tal matéria, por ser de ordem pública, por esta Corte, inclusive de ofício, sendo que in casu, vê-se que o magistrado sentenciante incorreu em alguns equívocos ao analisar as circunstâncias judiciais capituladas no art. 59, do CP, pois valorou negativamente os motivos e as consequências do crime, fundamentados na vontade de se locupletar facilmente e prejuízo causado à sociedade, respectivamente, sendo que tais elementos já são ínsitos ao tipo penal em referência, e, portanto, não podem ser utilizadas para exasperar a sanção base.

Nesse sentido, verbis:

STJ: AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. COMBINAÇÃO DAS LEIS NS. 6.368/76 E 11.343/06. CAUSA DE AUMENTO DA TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS VIOLADOS OU OBJETO DE DIVERGÊNCIA. SÚMULA 284/STF. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A ausência de indicação individualizada, nas razões do recurso especial, dos dispositivos legais violados ou objeto de divergência, importam fundamentação deficiente do recurso a atrair o óbice constante da Súmula 284/STF. Precedentes. 2. Agravo em recurso especial a que se nega provimento. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. LEI N.º 6.368/76. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA (MAIS DE UMA TONELADA DE MACONHA). BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO É INERENTE AOS TIPOS PENAS VIOLADOS. MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME VALORADOS NEGATIVAMENTE. OBTENÇÃO DE LUCRO E MALEFÍCIOS À SOCIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS INERENTE AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. RECONHECIMENTO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. OCORRÊNCIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. EFETIVA UTILIZAÇÃO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA COMO PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE QUE SE FAZ IMPERATIVA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IRRETROATIVIDADE DAS DISPOSIÇÕES PREJUDICIAIS DAS LEIS Nº 11.343/06 E 11.464/07. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A expressiva quantidade de droga apreendida - 1.631kg de maconha - autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal. 2. Não há falar em bis in idem pela majoração das sanções



básicas em razão da quantidade da droga, sob a alegação de que tal elemento já teria sido considerado para a caracterização do delito de tráfico, porquanto a elevada quantidade de substância estupefaciente não é circunstância inerente ao tipo penal violado, configurando, pois, peculiaridade concreta do caso sub judice, reputada relevante para a exasperação procedida. 3. A mera referência à "obtenção de lucro fácil" e "dos malefícios das drogas" não constitui motivação idônea e suficiente a ensejar a valoração negativa dos motivos e das circunstâncias do crime, e, por conseguinte, a majoração da sanção básica, porquanto tais circunstâncias são inerentes ao tipo penal violado, a saber, tráfico de drogas. 4. (...) (Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 27/06/2014, T6 - SEXTA TURMA)

Todavia, o quantum da pena-base fixado pelo juiz sentenciante, em 05 (cinco) anos de reclusão e 50 dias-multa encontra-se justificado - ressaltando-se que a pena cominada em abstrato ao tipo penal em comento era de 03 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa -, pela culpabilidade exacerbada do acusado, pois ele utilizava sua residência como ponto de venda de drogas, disseminando constantemente o tráfico na comunidade, vetor esse que justifica o quantum da reprimenda base fixado pelo juízo a quo, a qual mantenho.

No que se refere ao pleito de aplicação da atenuante da confissão espontânea, verifico que o mesmo não prospera, tendo em vista que o acusado não confessou espontaneamente, em nenhuma das fases processuais, a prática delitiva que lhe foi imputada, pois apenas admitiu, em juízo, ser usuário de substância entorpecente, ex-vi às fls. 57, permanecendo silente perante a autoridade policial, ex-vi às fls. 09, sendo certo que embora o juízo a quo tenha equivocadamente asseverado no édito condenatório que o recorrente confessou a prática delituosa perante a autoridade policial e em juízo, a autoria delitiva restou comprovada por outros elementos de provas, tais como o depoimento testemunhal prestado em audiência, às fls. 96.

Nesse sentido, verbis:

STJ: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE DA DROGA PARA USO PESSOAL. TRAFICÂNCIA NÃO CONFESSIONADA.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão dos réus, ainda que parcial (qualificada) ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante (HC 237.252/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/2/2014).
2. No caso dos autos, embora o paciente tenha reconhecido a propriedade da droga apreendida, não confessou a prática do crime de tráfico de drogas, afirmando ser mero usuário.
3. É firme nesta Corte Superior o entendimento de que a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não sendo apta para atenuar a pena a mera admissão da propriedade para uso próprio. Nessa hipótese, inexiste, sequer parcialmente, o reconhecimento do



crime de tráfico de drogas, mas apenas a prática de delito diverso.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 351.962/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Ademais, inexistindo atenuantes e agravantes, bem como causas de diminuição e aumento de pena a serem consideradas, restou a reprimenda definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso.

Por oportuno, é incompatível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 sobre a sanção cominada ao art. 12, da Lei n.º 6.368/76, pois a combinação das partes mais benéficas de leis distintas resulta na criação de uma nova lei não prevista no ordenamento jurídico, com ofensa aos princípios da reserva legal e da separação de poderes, deixando assente, entretanto, que a nova lei pode ser aplicada por inteiro, desde que, no caso concreto, resulte em situação mais favorável ao acusado, respeitado, assim, o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

No que se refere à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 sobre a sanção cominada ao art. 12, da Lei n.º 6.368/76, vê-se que o tema em questão já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, no julgamento do RE 600817/MS, Tema 169, e pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo, no julgamento do REsp 1117068/PR, Tema 191, tendo o Pretório Excelso e aquela Corte Superior firmado o entendimento de ser incompatível a aplicação da referida minorante sobre a sanção cominada ao art. 12, da Lei n.º 6.368/76, pois a combinação das partes mais benéficas de leis distintas resulta na criação de uma nova lei não prevista no ordenamento jurídico, com ofensa aos princípios da reserva legal e da separação de poderes, deixando assente, entretanto, que a nova lei pode ser aplicada por inteiro, desde que, no caso concreto, resulte em situação mais favorável ao acusado, respeitado, assim, o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, verbis:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade. IV - Recurso parcialmente provido.

(RE 600817, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)



RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65 E 68, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PREVISTO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS. OFENSA AO ART. 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E AO ART. 33, § 4.º, DO ART. 11.343/06. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. 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.

2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.

3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudices dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.

4. Desde que favorável ao réu, é de rigor a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, quando evidenciado o preenchimento dos requisitos legais. É vedado ao Juiz, diante de conflito aparente de normas, apenas aplicar os aspectos benéficos de uma e de outra lei, utilizando-se a pena mínima prevista na Lei n.º 6.368/76 com a minorante prevista na nova Lei de Drogas, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

5. No caso, com os parâmetros lançados no acórdão recorrido, que aplicou a causa de diminuição no mínimo legal de 1/6 (um sexto), a penalidade obtida com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ao caput do mesmo artigo, não é mais benéfica à Recorrida.

6. Recurso especial conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, i) afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal e ii) reconhecer a indevida cisão de normas e retirar da condenação a causa de diminuição de pena prevista art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que no caso é prejudicial à Recorrida, que resta condenada à pena de 03 anos de reclusão. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008.

(REsp 1117068/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 26/10/2011)

Nesse mesmo sentido, são os termos da Súmula 501, do STJ, originada do aludida tema: É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis, o que não é o caso dos autos, senão vejamos:

Levando-se em consideração a pena em abstrato cominada ao tipo penal previsto no art. 33, da Lei n.º 11.343/06, bem como que a pena-base corpórea aplicada ao apelante se afastou em 02 (dois) anos do mínimo legal, em razão da culpabilidade



exacerbada do mesmo, conforme dito acima, a reprimenda basilar resultaria em 07 (sete) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Aplicando-se a causa especial de diminuição de pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, pois segundo o acervo probatório constante dos autos, o réu preenche os requisitos para tanto, o patamar de redução fixado seria o mínimo legal, 1/6 (um sexto), considerando a quantidade da droga encontrada em poder do mesmo, 175 (cento e setenta e cinco) gramas, acondicionadas em 73 (setenta e três) cartuchos de erva, razão pela qual a pena totalizaria 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

Logo, a aplicação da Lei n.º 11.343/2006 não é mais benéfica, na hipótese, do que a da Lei n.º 6.368/1976, razão pela qual mantém-se a aplicação desta última, em sua totalidade, inviabilizando o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, restando a reprimenda definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso, como dito.

Neste sentido, verbis:

STF: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, D E I. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 12, CAPUT, DA LEI 6.368/1976). APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 SOBRE A PENA APLICADA COM BASE NA LEI 6.368/1976. IMPOSSIBILIDADE. LEX TERTIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DESTA CORTE NO HC 111.840. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS SEVERO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 719 DO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 que determina o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da prática de crime hediondo, necessariamente, no regime fechado foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 111.840, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, sessão de 27 de junho de 2012. 2. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719 do STF). 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 600.817-RG/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, realizado em 7/11/2013, firmou-se no sentido da impossibilidade de aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 sobre a reprimenda cominada ao paciente com base na Lei 6.368/1976, sob pena de se formar uma lex tertia. 4. In casu, a) o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 12, caput,



da Lei 6.368/1976 (tráfico de drogas), pois foi flagrado transportando consigo 500g (quinhentos gramas) de cocaína. b) O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento do recurso de apelação criminal, assentou que a aplicação da Lei 6.368/1976 em sua totalidade era mais favorável do que a aplicação integral da Lei 11.343/2006, em razão da grande quantidade de drogas apreendida em poder do paciente o que levaria a aplicação da minorante na fração de 1/6 (um sexto). c) O acórdão fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, com fundamento tão somente no disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. d) O magistrado de primeiro grau e a Corte estadual vedaram a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pois, as peculiaridades e as circunstâncias do caso seriam insuficientes para reprimir o delito em questão, principalmente pelo fato do paciente já ter sido preso e processado anteriormente pela prática do mesmo crime. 5. A conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos depende do atendimento dos requisitos fixados no art. 44 do Código Penal, o que não ocorre na hipótese, uma vez que as circunstâncias do caso demonstram que a substituição da pena seria insuficiente e inadequada para reprovação e prevenção do delito. 6. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 7. Habeas corpus extinto por inadequação da via processual eleita e concedida a ordem de ofício para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que afastado o óbice constante do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime inicial diverso de fechado.

(HC: 114526 MG, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 11/03/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-062 DIVULG 27-03-2014 PUBLIC 28-03-2014).

STF: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade. IV - Recurso parcialmente provido.

(RE 600817, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

STJ: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65 E 68, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.



IMPOSSIBILIDADE. CRIME PREVISTO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS. OFENSA AO ART. 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E AO ART. 33, § 4.º, DO ART. 11.343/06. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. 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.

2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.

3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudicis dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.

4. Desde que favorável ao réu, é de rigor a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, quando evidenciado o preenchimento dos requisitos legais. É vedado ao Juiz, diante de conflito aparente de normas, apenas aplicar os aspectos benéficos de uma e de outra lei, utilizando-se a pena mínima prevista na Lei n.º 6.368/76 com a minorante prevista na nova Lei de Drogas, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

5. No caso, com os parâmetros lançados no acórdão recorrido, que aplicou a causa de diminuição no mínimo legal de 1/6 (um sexto), a penalidade obtida com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ao caput do mesmo artigo, não é mais benéfica à Recorrida.

6. Recurso especial conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, i) afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal e ii) reconhecer a indevida cisão de normas e retirar da condenação a causa de diminuição de pena prevista art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que no caso é prejudicial à Recorrida, que resta condenada à pena de 03 anos de reclusão. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008.

(REsp 1117068/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 08/06/2012)

Quanto ao regime de cumprimento da reprimenda corporal, verifico que o juiz a quo não motivou a imposição do regime fechado, o que não poderia ter sido feito, de modo que o regime deve ser fixado com base nas diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal.

Assim, considerando a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do §1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, a quantidade de pena aplicada, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, e ainda, as circunstâncias judiciais em sua maioria favoráveis, modifico o regime de cumprimento da reprimenda corporal imposta ao apelante para o semiaberto, conforme previsto no art. 33, § 2º, b, c/c art. 59, ambos do CP, por mostrar-se justo e adequado à prevenção e repressão do crime em espécie.



Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vê-se ser a mesma inviável, pois o quantum de pena fixado ao réu não permite tal benefício, nos termos do art. 44, I, do CP.

Por todo o exposto, conheço do apelo e lhe dou parcial provimento, apenas para modificar o regime de cumprimento da reprimenda corporal imposta ao apelante para o semiaberto, mantendo-se em seus demais termos, a sentença vergastada.

É como voto.

Belém, 10 de outubro de 2017.

Desa. VANIA FORTES BITAR
Relatora