

Questão Discursiva 00154

Carlos foi condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes e posse de arma de fogo de uso permitido, em concurso material, sendo sua conduta tipificada da seguinte forma: Art. 33 da Lei nº 11.343/06 e Art. 12 da Lei nº 10.826/03, na forma do Art. 69 do Código Penal. A pena ficou estabelecida em 05 anos de reclusão em regime fechado para o crime de tráfico e 01 ano de detenção em regime semiaberto pelo crime de posse de arma de fogo. Apenas a defesa técnica apelou, requerendo a mudança do regime de pena aplicado para o crime do Art. 33 da Lei nº 11.343/06, tendo o feito transitado em julgado para a acusação. O recurso foi desprovido. Todavia, de ofício, sem reflexo no quantum, que permaneceu em 06 anos de pena privativa de liberdade, o Tribunal reclassificou o fato para o Art. 33 c/c o Art. 40, IV, da Lei nº 11343/06, afastando o crime autônomo da lei de armas e aplicando a causa de aumento respectiva.

Considerando as informações narradas na hipótese, responda aos itens a seguir.

A) Poderia ser aplicado regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no Art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06?

B) Poderia o Tribunal de Justiça em sede de recurso da defesa realizar a reclassificação adotada?

Responda justificadamente, empregando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente ao caso.

Resposta #000969

Por: **Emanuella Melo** 30 de Março de 2016 às 15:44

a) Sim. O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta por condenação no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser fixado nos moldes do que dispõe o art. 33 do Código Penal. Isto porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a previsão de regime inicial obrigatoriamente fechado para os crimes hediondos e equiparados (entre estes, o tráfico de entorpecentes) prevista no art. 2, parágrafo segundo da Lei n. 8.072/90.

b) A reclassificação empregada pelo Tribunal de Justiça tornou mais grave a reprimenda aplicada ao réu, uma vez que converteu um ano de detenção, em regime semiaberto, em pena sujeita integralmente às regras da Lei n. 11.343/2006. Entre os gravames da mudança de enquadramento destacam-se a vedação ao indulto e o lapso temporal superior à regra do CP para obtenção de livramento condicional. Verifica-se, portanto, que embora seja possível ao Tribunal de Justiça realizar *emendatio libelli*, diante de recurso exclusivo da defesa, tal reclassificação não pode ocasionar *reformatio in pejus*, por violação ao art. 617, CPP. Nesta senda, não poderia ter o Tribunal de Justiça procedido à reclassificação em testilha.

Correção #001056

Por: **Guilherme** 7 de Julho de 2016 às 13:09

Parabéns pela resposta, Emanuella. Acho que era exatamente o que a banca queria, como bem apontou a Daniela.

Eu só questiono uma coisa nessa questão: não há dúvida que o Tribunal pode fazer *emendatio* de ofício, mas, no caso concreto, ele promoveu a *emendatio* para excluir o crime de posse de arma de fogo. Isso, por si só, já não me parece adequado. A discussão, portanto, seria se há bis in idem na tipificação do tráfico com emprego de arma de fogo e posse ilegal de arma de fogo. E, pelo que a jurisprudência tem entendido em casos como o de roubo e quadrilha armada, me parece que não há. Nesse caso, a proteção é de bens jurídicos diversos, sendo, portanto, plenamente admissível a cumulação de tipificações pelo tráfico armado e posse ilegal de arma de fogo. De cara, portanto, acho que o Tribunal se equivocou na própria tipificação. Segue julgado do STJ a esse respeito:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.

DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES DO STF. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL.

ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS.

CONCLUSÃO DIVERSA. DILAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.

IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO.

POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF.

PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITO OBJETIVO.

AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.
2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, tema afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução e até revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.
3. Não há como se aplicar a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, IV, da Lei n. 11.343/2006 em substituição à condenação pelo art. 16 da Lei n. 10.826/2003 quando verificado que o crime de tráfico de drogas e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito são autônomos.
4. Eventual substituição da condenação do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo pela incidência da majorante prevista no inciso IV do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 demandaria dilação fático-probatória, o que é vedado na via estreita do habeas corpus.
5. Não obstante o paciente seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, infere-se que a Corte estadual negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais levaram a crer que o sentenciado integraria organização criminosa.
6. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.
7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27/6/2012, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os crimes hediondos e a ele equiparados.
8. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.
9. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.
10. Não há como substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que, no somatório final da reprimenda com o concurso material, o paciente restou definitivamente condenado à reprimenda superior ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.
11. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, apenas afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicialmente mais gravoso, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar a eventual possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado ao paciente, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.
(HC 241.533/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 18/12/2012)

Correção #000885

Por: Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues 23 de Junho de 2016 às 22:48

Muito boa a resposta Emanuella. Creio que só faltou mencionar quanto ao primeiro item a questão do art. 59 do CP, e por isso, talvez fosse descontada alguma pontuação em uma eventual prova. Mas a resposta está muito bem redigida, parabéns!

Padrão de Resposta / Espelho de Correção

A) A questão narra que Carlos foi condenado pela prática de um crime de tráfico de drogas e posse de arma de fogo de uso permitido. Em que pese o crime de tráfico ser equiparado a hediondo, hoje o entendimento que prevalece no âmbito do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que é possível a aplicação de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado, sendo a previsão do Art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90 inconstitucional, pois violadora do princípio da individualização da pena. Assim, analisando as circunstâncias do caso concreto, nada impede que o magistrado fixe o regime semiaberto ao caso, até porque a pena base não se afastou do mínimo legal, o que indica que as circunstâncias do artigo 59 do CP são favoráveis.

B) Ainda consta do enunciado que o Tribunal de Justiça, em julgamento exclusivo da defesa, optou por realizar uma reclassificação da conduta, aplicando a causa de aumento de pena do Art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343, em vez de manter a condenação pelo crime de posse de arma de fogo. Não poderia, porém, o Tribunal ter adotado essa conduta, pois ela é prejudicial ao réu. Como o recurso foi exclusivo da defesa, a reclassificação viola o princípio da vedação da *reformatio in pejus*. O prejuízo da nova classificação decorre de alguns fatores: para o cálculo de eventual prescrição, tendo em vista que a causa de aumento é considerada para fixação do prazo prescricional, enquanto que, havendo dois crimes, o prazo seria fixado de maneira separada para cada um; um dos crimes é punido com detenção, o que impede fixação do regime inicial fechado, deixando isso de ocorrer com a causa de aumento; na execução, a progressão de regime, no caso da causa de aumento, será calculada em 2/5 (ou 3/5, se reincidente) do total de 06 anos, enquanto que, se mantidas as condenações separadas, esse percentual somente seria aplicado sobre a pena de 05 anos, pois sobre 01 ano seria aplicado o percentual de 1/6, já que a posse de arma de fogo não é crime hediondo.

Correção #000639

Por: Emily Araujo 16 de Abril de 2016 às 19:50

Muito bom!! muita gente erra graças ao art. 2, parágrafo segundo da Lei n. 8.072/90 que diz ser obrigatório o cumprimento inicial em regime fechado .

Resposta #002704

Por: amafi 2 de Maio de 2017 às 02:24

Trata-se de crime equivalente ao Hediondo na forma prevista do art. 2 da lei 8072_90, onde encontra-se previsto que o cumprimento inicial deva ser no regime inicialmente fechado em seu 1. Este parágrafo 1, foi tomado por inconstitucional pelo STF, que regulou a matéria através da Súmula Vinculante 26, consagrando o princípio individualizador da pena, previsto na constituição federal no art. 5, XLVI.'

O recurso de apelação devidamente recebido pelo tribunal ad quo na forma do art. 593, &2 do CPP, por se constituir erro na sentença condenatória na aplicação da pena, pois ao acusado caberia ser contemplado com o regime semiaberto desde início, na forma do art. 33,&2 do CP e súmula vinculante 26, não estando presentes a reincidência, tão pouco outras circunstâncias judiciais de desfavoráveis, representando ao acusado verdadeiro direito público subjetivo de cumprir o início da pena em regime mais favorável, especialmente, pois, a pena não ter ultrapassado o limite legal de 08 anos (art.33,&2"a").

Deve ser afastada a opinião do julgador sobre a gravidade do crime, para fins de determinação do cumprimento inicial da pena em regime fechado, pois se opõe ao que ensina a súmula 718 do STF e 440 do STJ. Não se verificou igualmente motivação séria e idônea para o início do cumprimento da pena em regime mais gravoso, em desacordo com a Súmula 719 do STF.

O tribunal por sua vez, em sede de apelação exclusivamente da defesa, poderia operar a reclassificação (Súmula 453 STF), devido ao amplo efeito devolutivo em favor ao réu previsto no art. 593&2 do CPP, apesar de não prover as razões do pedido recursal da defesa, pois estará adstrito aos fatos do processo.

Não poderá entretanto na forma do Art. 617 e 626&ú do CPP, agravar a situação do réu em recurso exclusivo da defesa, em nenhuma hipótese, constituindo-se proibição de reformatio in pejus, em desfavor da defesa (Súmula 525 STF).

A) Poderia ser aplicado regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no Art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06?

O crime definido no Art. 33 da Lei nº 11.343/06 é considerado hediondo por força da previsão legal contida no art. 2 da Lei 8072, que pelo & 1 do mesmo artigo deve ser cumprido inicialmente sob regime fechado. O artigo 2 desta lei deve ser observado sob a ótica da SV 26 do STF, que impõe a aplicação do princípio constitucional da individualização da pena do art. 5, XLVI da CF, devendo fazer valer o Art.33, &2 do CP para a correta individualização da conduta – HC 111840 STF-ES

Na questão não há demérito do condenado para o início da pena em regime fechado, devendo se aplicar o disposto no art. 33, &2, b do CP, e o início da pena pelo regime semiaberto, já que o apenamento é de 06 anos restritivo de liberdade.

B) Poderia o Tribunal de Justiça em sede de recurso da defesa realizar a reclassificação adotada?

Não em sede de recurso exclusivo da defesa. Apesar de não haver modificação do quantum da sentença, ou seja, na pena restritiva de liberdade, o tribunal não respeitou o princípio de reformatio in pejus, artigo 617 do CPP, agravando a pena de reclusão que antes era de 05 anos, e, com o crime único majorado, foi para 06 anos de reclusão. A supressão da detenção, sujeitou em tese a que este crime possa ser cumprido em regime fechado.

Prazo prescricional pelo cúmulo material – pena de 05 anos de reclusão, PP= 12 anos e 01 anos de detenção, PP=4 anos. Prazo prescricional pelo crime agravado = 12 anos. É mais vantajoso o cúmulo que o agravamento, pois naquele temos dois prazos prescricionais incidentes, neste somente um prazo, e o quantum do prazo prescricional é o mesmo para ambas as hipóteses.

um dos crimes é punido com detenção, na execução, a progressão de regime, no caso da causa de aumento, será calculada em 2/5 (ou 3/5, se reincidente) do total de 06 anos, enquanto que, se mantidas as condenações separadas, esse percentual somente seria aplicado sobre a pena de 05 anos, pois sobre 01 ano seria aplicado o percentual de 1/6, já que a posse de arma de fogo não é crime hediondo.

No cumulo material a reclusão de 05 anos relativa aos crimes hediondos, se sujeita a progressão prevista no artigo 2. &2 da Lei 8072/90; no caso do crime agravado teríamos a incidência dos reflexos da hediondez do crime nos 06 anos da pena, em prejuízo ao apenado.

Resposta #004683

Por: Carolina Torrano Pereira Vieira 5 de Outubro de 2018 às 16:57

A) Sim, poderia ser aplicado regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, uma vez que, apesar de tal crime ser equiparado a hediondo, já foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º (que dispõe que os crimes hediondos e os a ele equiparados devem necessariamente iniciar seu cumprimento de pena em regime fechado) da lei dos crimes hediondos com base no artigo 5º da Constituição Federal, ao declarar que deve-se levar em consideração a individualização da pena, e não sua gravidade em abstrato. Ante o exposto, poderia ser aplicado regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

b) Sim, poderia o tribunal de Justiça em sede de recurso da defesa realizar a reclassificação adotada, já que no caso não houve reformatio in pejus pois, com a reclassificação, o quantum da pena permaneceu em 06 anos de pena privativa de liberdade. Em sede de recurso exclusivo da defesa, é vedada a reformatio in pejus. Ante o exposto, como a reforma da sentença não foi reformada para prejudicar o réu, seria possível a reclassificação adotada pelo Tribunal de Justiça em sede de recurso da defesa

Resposta #005359

Por: Dudusch 8 de Maio de 2019 às 23:13

A) Tanto o STF, quanto o STJ, adotam o entendimento de que o Juízo deverá fixar o regime inicial para o cumprimento da pena em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, quer se trate de crime não hediondo, quer se trate de crime hediondo ou equiparado (aí incluído o tráfico ilícito de drogas). A propósito, o STF já reconheceu, incidentalmente e em controle difuso, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que determina que a pena prevista por crime hediondo ou equiparado será cumprida inicialmente em regime fechado. Com efeito, no caso apresentado a pena fora fixada em 5 (cinco) anos de reclusão para o crime de tráfico de drogas, de modo que o Juiz ou Tribunal poderia ter fixado o regime fechado ou semiaberto, a depender das circunstâncias judiciais e primariedade/reincidência do apenado, à luz do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal. Além disso, o julgador deverá ficar atento a possibilidade da detração ficta, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, descontando-se eventual tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

B) O Tribunal de Justiça não poderia realizar a reclassificação da conduta adotada pelo Juízo de primeiro grau em sede de recurso exclusivo da pena, sob pena de infringência ao princípio da "non reformatio in pejus", nos termos do art. 617 do Código de Processo Penal. Apesar da pena não ter sido agravada, observe-se que o Tribunal unificou as reprimendas, aplicando-se a pena de 6 anos de reclusão, ao invés da pena anteriormente fixada pelo Juízo singular de 5 anos de reclusão e 1 ano de detenção. Insta observar o regime mais gravoso imposto a pena de reclusão, a qual poderá ser cumprida nos regimes fechado, semiaberto e aberto (art. 33 do CP), ao contrário da pena de detenção, que somente poderá ser cumprida inicialmente nos regimes semiaberto e aberto (art. 33 CP), ressalvada a necessidade de transferência a regime mais rigoroso (na fase de execução da pena apenas). Portanto, o Tribunal incorreu em flagrante ilegalidade ao readequar a conduta delituosa na qual o réu foi achado incurso quando da prolação da sentença condenatória, em sede de recurso exclusivo da defesa. Neste caso, a defesa poderá se valer dos institutos do "habeas corpus" ou do recurso especial dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça para a reforma da decisão.

Resposta #005361

Por: Carolina 9 de Maio de 2019 às 17:49

a) Não há óbice à fixação de regime prisional inicial diverso do fechado, na hipótese. De acordo com o STF, a previsão contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, ao estabelecer a obrigatoriedade de regime prisional inicialmente fechado, afronta o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da CF), que se manifesta em três momentos distintos: por ocasião da fixação da pena em âmbito legislativo, por ocasião da fixação da pena no âmbito judicial e por ocasião da execução. Desse modo, o regime prisional não pode ser fixado, de modo rígido, pelo legislador, sem tomar as particularidades do caso concreto, impondo-se a observância dos critérios do art. 33 do CP. Na hipótese, caso observados os demais requisitos de ordem subjetiva, Carlos poderia começar a cumprir a pena em regime semi-aberto, dada a duração da pena que lhe foi imposta (inferior a 8 anos - art. 33, § 2º, alínea "b" do CP).

b) Em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), a situação do acusado não poderá ser agravada em recurso por ele exclusivamente manejado (vedação à "reformatio in pejus"). Com efeito, caso o acusado soubesse que seu recurso poderia piorar sua situação, restaria inibido de recorrer. Na hipótese, não se vislumbra óbice à reclassificação operada, pois não implicou em agravamento da situação do acusado, já que não houve majoração da pena nem advieram outros efeitos negativos. Registre-se que, a fim de aferir a (in)ocorrência de "reformatio in pejus", não basta verificar a (in)ocorrência de majoração da pena. É necessário verificar, de modo global, se o réu não foi prejudicado. Recentemente, foi considerada ilegal reclassificação ocorrida em grau de recurso, em que o réu fora inicialmente condenado por determinado crime patrimonial e, em sede de recurso, houve reclassificação para crime de peculato, já que, nos crimes contra a administração pública - como é o caso do peculato -, a progressão de regime fica condicionada à reparação do dano (art. 33, § 4º, do CP), o que não ocorre nos crimes patrimoniais.