

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES
IMPETRANTE : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
DEFENSOR : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 12A VARA - DF
PACIENTE : SANDRA CARLA GOMES FREDERICO (REU PRESO)

RELATÓRIO

A EXM^a SR^a DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES (RELATORA): - Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de SANDRA CARLA GOMES FREDERICO, contra ato do ilustre Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, praticado nos autos da Ação Penal 2009.34.00.007627-9/DF, consubstanciado na “recusa da nobre Julgadora em reconhecer, na sentença embargada, os direitos da paciente concernentes ao regime inicial de cumprimento de pena, progressão de regime, apelação em liberdade e suspensão condicional da pena, aos quais, evidentemente, faz jus a paciente” (fls. 81/89 e 112/113).

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que a paciente foi presa, em flagrante delito, no dia 08/02/2009, pela prática do crime de tráfico internacional de drogas; que foi proferida sentença, condenando a paciente ao cumprimento da pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa; que a autoridade impetrada, na aludida sentença, negou o direito da paciente de recorrer em liberdade, nos termos do art. 59 da Lei 11.343/06, em razão de “estar a ré presa desde o flagrante e de tratar-se de condenação por crime hediondo, além da facilidade que demonstrou em transitar pelo território nacional, inclusive nele entrar e sair, somado ao fato de não ter demonstrado possuir ocupação lícita”; que, intimada da sentença, a defesa opôs embargos de declaração requerendo, à autoridade impetrada, que se manifestasse, expressamente, acerca do depoimento da paciente, do direito de apelar em liberdade, da progressão de regime e do direito à suspensão condicional da pena; que os embargos de declaração foram rejeitados; que a paciente faz jus a suspensão condicional da pena, à fixação do regime inicial aberto, à progressão de regime e ao direito de apelar em liberdade.

Alega, outrossim, que, “considerando que o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, ao fazer referência aos delitos que necessitam de tratamento penal mais severo, faz expressa referência apenas ao artigo 33, **caput**, e § 1º, e aos artigos 34 a 37 da Nova Lei de Tóxicos, excluindo de sua incidência o artigo 33, § 4º, e, considerando o princípio maior da individualização da pena, insculpido no art. 5º, XLIVI, da CF, torna-se evidente que, quando incidente a mencionada causa de diminuição, não há óbice à fixação do regime inicial aberto, à suspensão condicional da pena e, até mesmo, à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos” (fl. 08). Assim, conclui, “no esteio da interpretação sistemática mais vanguardista, que evidentemente emerge como solução constitucionalmente mais adequada, deve ser reformada a sentença impetrada, para que seja concedido o regime inicial aberto” (fl. 08).

Aduz, por fim, que a competência do Juízo de Execuções, para a apreciação de pedido de progressão de regime somente se inicia quando transitada em julgado a Ação Penal; que, assim, não tendo sido extraída carta de sentença (art. 105 da LEP), não se iniciou a competência do Juízo das Execuções.

Requer, a final, o deferimento de liminar, para assegurar o direito da paciente de apelar em liberdade, pugnando, no mérito, pela concessão definitiva da ordem de **habeas corpus**, para garantir, à paciente, o direito de apelar em liberdade, de iniciar o cumprimento da pena no regime aberto, de garantir-lhe o direito à suspensão condicional da pena e à progressão de regime (fls. 02/20). Pleiteia, subsidiariamente, seja determinada a extração de carta provisória de sentença e o seu encaminhamento ao Juízo de Execuções, juntamente com o presente pedido de **habeas corpus** e documentos que o instruem.

O pedido formulado em sede de liminar foi indeferido (fls. 157/158).

HABEAS CORPUS 670939720094010000/DF

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 161/162).

A PRR/1ª Região opinou pela denegação da ordem (fls. 166/170).

Em 27/04/2010, a impetrante formulou pedido de preferência de julgamento do **writ** (fl. 172).

É o relatório.

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES
IMPETRANTE : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
DEFENSOR : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 12A VARA - DF
PACIENTE : SANDRA CARLA GOMES FREDERICO (REU PRESO)

VOTO

A EXMª SRª DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES (RELATORA): - Como se viu do relatório, trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de SANDRA CARLA GOMES FREDERICO, contra ato do ilustre Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, praticado nos autos da Ação Penal 2009.34.00.007627-9/DF, consubstanciado na “recusa da nobre Julgadora em reconhecer, na sentença embargada, os direitos da paciente concernentes ao regime inicial de cumprimento de pena, progressão de regime, apelação em liberdade e suspensão condicional da pena, aos quais, evidentemente, faz jus a paciente” (fls. 81/89 e 112/113).

A decisão impugnada, no que interessa ao presente **writ**, foi proferida nos seguintes termos:

“(…)

8. *No que se refere ao direito de apelar em liberdade, restou suficientemente fundamentado o indeferimento à folha 109, merecendo destaque a facilidade da ré em transitar pelo território nacional, inclusive nele entrar e sair, somado ao fato de não demonstrar possuir ocupação definida e lícita.*

9. *Relativamente à progressão de regime pretendida, a matéria se insere na competência do Juízo da Execução, certo que, pela embargante, para aquele Juízo devem ser encaminhadas todas as indagações sobre tal matéria, sob pena de invasão da competência do juízo natural.*

10. *Quanto à suspensão condicional da pena (sursis), a aventada omissão quanto à possibilidade de ser reconhecido o direito à suspensão condicional da pena não se configurou. É que a condição pessoal da condenada, estrangeira sem residência certa, nem qualquer contato a partir do qual possa se estabelecer um vínculo no Brasil, mostra-se incompatível com a concessão do benefício (artigo 77, inciso II, do Código Penal).*

11. *Não havendo, por conseguinte, nenhum dos fatos excepcionais que justificariam a acolhida dos embargos, deve a interessada buscar eventual revisão do entendimento do juiz sentenciante perante a instância competente e mediante o recurso próprio” (fls. 112/113).*

Assim, tenho que deve ser adotada a orientação jurisprudencial no sentido de que o réu que permaneceu preso, durante a instrução criminal, assim deve continuar, após a sentença condenatória. Com efeito, a paciente, presa em flagrante em 08/02/2009, permaneceu custodiada, durante toda a instrução criminal.

De fato, “**sobrevindo sentença penal condenatória, a manutenção da custódia do réu para apelar, mormente porque esteve preso durante toda a instrução criminal por força de decisão judicial motivada, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência e nada mais é do que efeito de sua condenação. Aplicação, no caso, da Súmula 09, desta Corte Superior (HC 73.652/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 28.04.08)” (HC**

112.169/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma do STJ, unânime, julgado em 10/02/2009, DJe de 30/03/2009).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça e do TRF/1ª Região, aplicáveis ao caso dos autos:

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PORTE ILEGAL DE ARMAS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU QUE, PRESO EM FLAGRANTE, PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. EFEITO DA CONDENAÇÃO.

1. Na apuração do crime de tráfico de entorpecentes, a falta de intimação específica para que a Defesa se manifeste acerca do laudo toxicológico definitivo gera nulidade relativa. Verifica-se que o laudo foi juntado aos autos antes da fase da defesa preliminar, contudo a nulidade foi argüida em sede de apelação criminal, impondo-se o reconhecimento da preclusão.

2. Outrossim, não está configurado o prejuízo, pois a Defesa teve a oportunidade de impugnar o laudo definitivo durante a instrução criminal, bem como na fase de alegações finais.

3. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento no sentido de que não tem direito de apelar em liberdade o réu que permaneceu preso durante a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar é ilegal por não possuir fundamentação idônea.

4. Na espécie, o Paciente foi preso em flagrante e assim permaneceu durante toda a instrução, e a vedação expressa do benefício da liberdade provisória disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico.

5. Ordem denegada.” (STJ, HC 103.293/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, julgado em 19/03/2009, DJe de 13/04/2009)

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA DO FATO CRIMINOSO. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. RISCO À ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INDEFERIMENTO DO APELO EM LIBERDADE.

1. **O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que, nos termos do artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, não tem direito de apelar em liberdade o réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar for ilegal, notadamente por não possuir fundamentação idônea, situação incorrente no caso em exame.**

2. A acentuada e desnecessária violência física perpetrada pelo paciente e por mais quatro jovens, mesmo após a subtração da res furtiva, contra uma mulher indefesa que, numa madrugada, voltava do trabalho e encontrava-se num ponto-de-ônibus, esperando o veículo de transporte coletivo, revelam o absoluto desprezo pelas normas que regem a vida em sociedade e a periculosidade dos agentes.

3. *A grande comoção que o crime causou em todo o país, bem como a gravidade concreta do delito praticado, evidenciada pelo modo de agir dos agentes, constituem circunstâncias que autorizam a segregação cautelar para garantia da ordem pública, mesmo após a edição da sentença condenatória.*

4. *De ressaltar que, mesmo se tratando de réu primário e de bons antecedentes, o direito de apelar em liberdade, preconizado no art. 594 do Código de Processo Penal, pode ser denegado no momento da prolação da sentença condenatória, se presente qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva.*

5. *Recurso a que se nega provimento.*" (STJ, RHC 23.481/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, 6ª Turma, maioria, julgado em 10/02/2009, DJe de 09/03/2009)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. HIPÓTESES DO ART. 312 DO CPP. OCORRÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

1. *Não há que se falar em afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência se a sentença denegatória do direito de apelar em liberdade estiver devidamente fundamentada, consoante legislação disciplinadora e autorizadora da segregação cautelar. Precedentes do eg. Supremo Tribunal Federal e desta Corte Regional Federal.*

2. *In casu, o decreto de prisão do paciente alicerçou-se no resguardo da ordem pública e na alta periculosidade do agente que, envolvido em uma série de crimes destinados à subtração de valores em contas bancárias via internet, possui reais sinais de vir a reiterar a prática delituosa, mormente ante as facilidades que o modus operandi lhe proporciona.*

3. Mantido preso durante toda a instrução criminal, a manutenção da custódia cautelar do paciente revela-se como efeito natural da sentença condenatória, que reconheceu a permanência dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. *Ordem de habeas corpus denegada*". (TRF/1ª Região, HC 2008.01.00.021053-0/PA, Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 27/06/2008, p. 97)

Por fim, na hipótese, não há falar em desproporcionalidade entre a sanção aplicada na sentença condenatória e a prisão cautelar, uma vez que a sentença imputou, à paciente – que permanecera presa, durante a instrução criminal –, pena de reclusão, em regime inicial fechado, não se verificando agravamento indevido da sua situação, na hipótese de optar pela interposição do recurso de apelação, tal como ocorreu.

No que se refere ao pedido de concessão do benefício do **sursis**, não se pode olvidar que o art. 44, **caput**, Lei 11.343/2006, vedou, na hipótese de crime de tráfico de substância entorpecente, sua concessão, ao dispor que "Os crimes previstos nos arts. 33, **caput** e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos".

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06 E 304, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-

BASE. FUNDAMENTAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. JUÍZO DISCRICIONÁRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. SURSIS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44, DA LEI 11.343/2006.

I - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59 do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, aptas a embasarem a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

II - A grande quantidade de substância entorpecente apreendida é circunstância judicial que justifica o aumento da pena-base acima do mínimo legal (Precedentes do STJ e do STF).

III - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de habeas corpus.

IV - Considerando a fixação da pena-base em quantitativo acima do mínimo cominado em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis, revela-se proporcional o percentual de redução aplicado em razão da atenuante da confissão espontânea.

V - Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, se expressamente reconhecido na r. sentença condenatória que o paciente dedica-se à atividade criminosa. Destarte, tais afirmações só poderiam ser infirmadas a partir de análise profunda do material probatório, medida incabível na via do writ (Precedentes).

VI - Após a modificação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei n.º 11.464/07, tornou-se obrigatória a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos e equiparados, independente do quantum da pena.

VII - In casu, tendo o paciente cometido o crime sob a égide da Lei n.º 11.464/07, é incensurável a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda penal.

VIII - Existe expressa vedação legal à concessão de sursis e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao crime de tráfico de entorpecentes (art. 44, da Lei 11.343/2006).

Ordem denegada". (STJ, HC 139.739/MG, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, 5ª Turma, julgado em 02/03/2010, DJe de 12/04/2010)

"HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PACIENTE CONDENADO A 3 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/4 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA (16 PAPELOTES DE COCAÍNA E 10 DOSADORES PLÁSTICOS COM COCAÍNA). IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE

LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO.

1. Mostra-se inadmissível, na estreita via cognitiva do Habeas Corpus, o incremento da redução para a fração máxima de 2/3, por aplicação do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, diante da exigência de revolvimento de matéria fática. Precedentes do STJ.

2. Embora o paciente seja tecnicamente primário e sem antecedentes criminais, a quantidade e a natureza da droga apreendida (16 papérolas de cocaína e 10 dosadores plásticos com cocaína) justificam a diminuição em 1/4, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

3. A nova Lei de Drogas, em seu art. 44, dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de sursis e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Portanto, cometido o crime na vigência da Lei 11.343/06 (nova lei de drogas), impossível a conversão da pena ou concessão de sursis.

4. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

5. Ordem denegada, no entanto". (STJ, HC 121.059/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, unânime, julgado em 09/03/2010, DJe de 12/04/2010)

Incabível, ainda, a fixação do regime prisional inicialmente aberto à paciente, consoante entendimento jurisprudencial uníssono sobre o tema:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. RÉ QUE PERMANECEU PRESA MOTIVADAMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECRETO CONDENATÓRIO MANTIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECORRER EM LIBERDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE POUCA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ATUAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTO QUE, DE PER SI, IMPEDE A CONCESSÃO DA MINORANTE. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. WRIT DENEGADO.

1. A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade, mormente após confirmada a condenação como o julgamento do apelo defensivo, o réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal, em virtude de decreto satisfatoriamente fundamentado.

2. A vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

3. As instâncias ordinárias, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, considerou a culpabilidade desfavorável à ré e que a natureza e quantidade do entorpecente trouxe maior grau de censurabilidade a sua conduta, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal.

4. O reconhecimento de que a Paciente integra organização criminosa, considerando a dinâmica dos fatos delituosos e com indicação de elementos concretos, é circunstância que, de per, si impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

5. **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.**

6. O art. 44 da Lei n.º 11.343/06 veda, expressamente, a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos aos condenados pelos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37, da nova Lei de Drogas.

7. *Habeas corpus denegado.* (STJ, HC 122.977/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, julgado em 01/09/2009, DJe de 28/09/2009)

“PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. LEI N.º 11.343/06. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. 1. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE LEGAL. CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO RECONHECIDA PELA CORTE ESPECIAL DESTESODALÍCIO. 2. SURSIS. INVIABILIDADE. IMPEDIMENTO PREVISTO EM LEI. 3. REGIME INICIAL ABERTO. INAPLICABILIDADE. DELITO HEDIONDO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.464/06. 4. ORDEM DENEGADA, COM A RESSALVA DO PONTO DE VISTA.

1. *Conquanto a pena privativa de liberdade aplicada pelo tráfico ilícito de entorpecentes seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a vedação à substituição da pena, contida no artigo 44, caput, da Lei n.º 11.343/06, foi tida por constitucional, segundo a concepção firmada pela Corte Especial deste Sodalicio.*

2. *Outrossim, a concessão do sursis também não é viável, ante o impedimento previsto em lei.*

3. ***Para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, o regime inicial deve ser o fechado, eis que se trata de delito tido por hediondo, praticado na vigência da Lei n.º 11.464/07.***

4. *Ordem denegada, com a ressalva do ponto de vista (com voto-vencido)”. (STJ, HC 148.453/MG, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 09/02/2010, DJe de 05/04/2010)*

Ademais, a tese apresentada pela impetrante – no sentido de que o art. 44 da Lei 11.343/2006, ao aludir aos delitos que necessitam de tratamento penal mais severo, menciona apenas os crimes previstos nos arts. 33, **caput**, e § 1º, e, portanto, exclui de sua incidência o § 4º do art. 33 da mesma Lei, permitindo, aos condenados primários e de bons antecedentes, por conseguinte, a concessão dos benefícios do regime inicial aberto, suspensão condicional da pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos –, não merece prosperar, na medida em que, **data venia**, não oferece interpretação acertada aos referidos dispositivos legais.

De fato, o art. 44 da Lei 11.343/2006 refere-se apenas ao **caput** e ao § 1º do art. 33 da Lei 11.343/2006 porque são eles que definem os núcleos do tipo penal, omitindo-se quanto ao § 4º do mesmo dispositivo legal, que somente prevê a causa de diminuição de pena, em caso de primariedade, de bons antecedentes, não se dedicar o agente às atividades criminosas, nem integrar ele organização criminosa. Assim, não há como pretender que se elenque, como crime, um parágrafo que, inserido no art. 33 da Lei 11.343/2006, apenas dispõe sobre a causa de diminuição de pena.

No que concerne ao pedido de progressão do regime prisional, impende ressaltar que a Súmula 716 do STF admite “a progressão de regime de cumprimento da pena ou a

HABEAS CORPUS 670939720094010000/DF

aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. Contudo, tenho que a pretensão deve ser deduzida perante o Juízo da Execução, a quem incumbe o exame dos requisitos atinentes à concessão do benefício.

Dispõe o art. 66, III, **b**, da Lei 7.210/84, que compete ao Juiz da execução decidir sobre progressão ou regressão de regimes. Da mesma forma, o art. 194 do referido diploma legal estabelece que “o procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução”.

Em consonância com os referidos dispositivos legais é o entendimento expandido pelo ilustre Desembargador Federal Mário César Ribeiro, quando do julgamento da ACR 2007.33.00.013715-3/BA, assim ementado:

“PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. USO DE PASSAPORTE FALSO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. CONCURSO MATERIAL. PROGRESSÃO DE REGIME. JUÍZO DE ORIGEM OU DA EXECUÇÃO CRIMINAL. PRESO QUE SE ENCONTRA CUMPRINDO PENA EM ESTABELECIMENTO SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL. COMPETÊNCIA.

1. Resulta evidenciado nos autos que os delitos de uso de passaporte falso e tráfico de drogas são autônomos, não constituindo aquele meio necessário ou normal fase de preparação ou execução do delito de tráfico de drogas. Reconhecimento da ocorrência de concurso material.

2. Compete ao Juízo de origem ou da execução criminal competente decidir sobre a presença ou não dos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da progressão de regime, sob pena de supressão de instância. Precedente do STF.

3. É competente o Juízo da Vara das Execuções Criminais do Estado, a deliberação sobre os incidentes da execução da pena, ainda que provisória, de preso condenado pela Justiça Federal e que se encontra cumprindo pena em estabelecimento sujeito à Administração Estadual. Inteligência da Súmula 192/STJ.

4. Recurso de apelação provido.” (TRF/1ª Região, ACR 2007.33.00.013715-3/BA, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 17/04/2009)

Mais recentemente, examinando questão análoga, o colendo Supremo Tribunal Federal também entendeu ser competente o Juízo da Execução para decidir acerca da progressão de regime de preso submetido à execução provisória da pena, em face da interposição de recurso pela acusação, como se infere do inteiro teor do acórdão do HC 92.872-2/MG, relatado pela eminente Ministra Carmen Lúcia (1ª Turma, unânime, DJ-e de 15/02/2008).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVOLADA EM PREVENTIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TRANSNACIONALIDADE. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO CRIMINAL. PENITENCIÁRIA ESTADUAL. PROGRESSÃO DE REGIME. LIBERDADE CONDICIONAL. EXAME DOS PRESSUPOSTOS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO ESTADO. ORDEM DENEGADA.

1. “Somente ao juízo de origem ou da execução criminal competente cabe avaliar se estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a sua concessão nos processos criminais aos quais responde o Paciente, sob pena de supressão de instância. Necessidade de ser o

juízo competente provocado pelo Paciente." (cf. HC n. 90.813-6/SP, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJ 25.05.2007, p. 77).

2. Na hipótese, como informou o MM. Juiz Federal a quo, o Paciente "encontra-se preso desde 25.06.2007, na Penitenciária Central do Estado", ou seja, estabelecimento prisional sujeito à administração estadual. Assim, compete à Vara de Execução do Estado deliberar sobre o pedido de progressão de regime e/ou liberdade condicional, não havendo o Paciente demonstrado tê-lo formulado perante a mesma." (HC 2009.01.00.051055-9/MT, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma do TRF/1ª Região, e-DJF1 de 11/12/2009, p. 295)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA, EM FACE DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO, PELA ACUSAÇÃO - PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME - COMPETÊNCIA - JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL - ARTS. 66, III, b, E 194 DA LEI 7.210/84 - PRECEDENTES DO STF E DO TRF/1ª REGIÃO - SÚMULA 192 DO STJ - AGRAVO IMPROVIDO.

I - "Compete ao Juízo de origem ou da execução criminal competente decidir sobre a presença ou não dos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da progressão de regime, sob pena de supressão de instância. Precedente do STF. É competente o Juízo da Vara das Execuções Criminais do Estado, a deliberação sobre os incidentes da execução da pena, ainda que provisória, de preso condenado pela Justiça Federal e que se encontra cumprindo pena em estabelecimento sujeito à Administração Estadual. Inteligência da Súmula 192/STJ." (TRF/1ª Região, ACR 2007.33.00.013715-3/BA, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 17/04/2009)

II - Na espécie, tratando-se de pedido de progressão de regime de preso condenado pela Justiça Federal e que se encontra cumprindo pena em estabelecimento sujeito à administração estadual, na pendência de julgamento de recurso da acusação, competente para a sua apreciação é o Juízo Estadual da Vara de Execuções Penais, a teor da Súmula 192 do egrégio STJ e da jurisprudência do colendo STF e do TRF/1ª Região.

III - Decisão de Primeiro Grau que merece ser mantida.

IV - Agravo em Execução Penal improvido. (AGEPN 2009.40.00.003017-4/PI, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, 3ª Turma do TRF/1ª Região, e-DJF1 de 12/02/2010, p. 44)

Por fim, considerando que os autos da Ação Penal encontram-se neste Tribunal, para julgamento das apelações interpostas, inviável a determinação, ao Juízo **a quo**, para que proceda à extração de carta de sentença. Todavia, tendo em vista a existência de flagrante constrangimento ilegal – por estar a paciente presa desde 08/02/2009 e ter sido condenada a 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão –, uma vez que é admitida “a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”, nos termos da Súmula 716 do STF, deve ser concedido **habeas corpus**, de ofício, para determinar, ao Juízo da Execução, que analise o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos atinentes à progressão de regime prisional.

Ante o exposto, denego a ordem impetrada. Concedo, porém, **habeas corpus**, de ofício, com fundamento no art. 654, § 2º, do CPP, para determinar, ao Juízo da Execução, que

HABEAS CORPUS 670939720094010000/DF

examine o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício de progressão de regime à paciente.

Determino à Coordenadoria da 3ª Turma do TRF/1ª Região a extração de cópia dos documentos necessários à formação do instrumento, para encaminhamento ao Juízo da Execução, quais sejam: denúncia, documentos relativos à prisão e certidão da data do seu cumprimento, informações acerca dos antecedentes criminais do paciente e do estabelecimento criminal em que se encontra recolhido, sentença, embargos de declaração e respectivo termo de publicação, bem como recursos de apelação interpostos pelas partes.

É o voto.