



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.475 - ES (2010/0026768-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : WILSE DE SOUZA MUQUI

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA POR INTEIRO DA NOVA LEI. POSSIBILIDADE, SE MAIS BENÉFICA AO RÉU. ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). AFERIÇÃO *IN CONCRETO*. AVALIAÇÃO A SER FEITA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. (3) REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VEDAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. (4) NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. No julgamento do HC n.º 94.188/MS, em 16.11.2010, a Sexta Turma entendeu possível, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EREsp n.º 1.094.499/MG, da relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei n.º 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga - Lei n.º 6.368/76 -, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto. A avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica ao paciente deve ser realizada pelo Juiz das execuções, a quem incumbe verificar se estão presentes os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e, caso positivo, definir o *quantum* de aplicação da causa de diminuição. Somente após averiguar o patamar de pena aplicado em decorrência de cada norma, poderá o magistrado comparar as reprimendas e concluir qual regramento deve incidir no caso concreto.

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. *In casu*, a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juiz das execuções que verifique a lei mais benéfica à paciente: se a Lei n.º 11.343/06, com a redução prevista em seu art. 33, § 4º, caso cabível, ou se a Lei n.º 6.368/76, bem como, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, mantida a liminar deferida até a ulterior decisão do referido Juízo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 25 de junho de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.475 - ES (2010/0026768-9)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : **THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
PACIENTE : **WILSE DE SOUZA MUQUI**

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WILSE DE SOUZA MUQUI, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (HC nº 100090025014).

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 12 da Lei nº 6.368/76, nestes termos:

Que no dia 25 de julho de 1998, às 06:00 horas, na Rua José Milton Chequer, nesta cidade, policiais militares, munidos de mandado judicial, dirigiram-se até a residência da 1º e 2º denunciados, onde lograram encontrar dentro de uma fronha, a quantidade de 10 (dez) papелotes de substância tóxica denominada cocaína, elencada entre as substâncias causadores de dependência física ou psíquica e pelo acondicionamento indicava circunstâncias que destinava-se ao narcotráfico; (...)

Isto posto, e por tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente em parte a pretensão punitiva estatal, para condenar os réus Wilse de Souza Muqui e Massamuel Alves Bernardino, como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 63.638/76 (...)

Passo a analisar as circunstâncias judiciais, para a dosimetria da pena, observados os critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal Brasileiro.

CULPABILIDADE evidenciada dos réus, merecendo reprovação a sua conduta, posto ser exigível que eles agissem de modo diverso; Wilse é primária e possui bons antecedentes ao contrário do Massamuel Alves Bernardino; a conduta SOCIAL e FAMILIAR dos réus possui máculas; a PERSONALIDADE da Wilse é de pessoa comum já a de Massamuel, ESTÁ VOLTADA PARA O CRIME; as CIRCUNSTÂNCIAS e CONSEQUÊNCIAS do delito não pesam contra eles são sucedâneos do tipo; o MOTIVO é reprovável e abjeto; o COMPORTAMENTO da vítima (sociedade) não contribuiu para a prática do delito.

Analisadas tais circunstâncias, fixo a PENA-BASE, em 03 (três) anos de reclusão para WILSE DE SOUZA MUQUI E 04 (QUATRO) anos e 06 (SEIS) meses de reclusão, tornando-a DEFINITIVA, à minguada de atenuantes, agravantes, causas especiais de aumento ou diminuição, capazes de alterá-la.

Os réus cumprirão as penas impostas no regime fechado, conforme previsão em Lei específica. (fls. 35-41).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal *a quo*, em sede de apelação, manteve a sentença condenatória em todos os seus termos.

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem.

Manejados embargos de declaração, foram rejeitados:

No que diz respeito à causa especial de diminuição da pena - § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, consta dos autos que a embargante foi condenada à pena de 03 (três) anos de reclusão, no regime fechado, pela prática do delito previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/76, sendo posteriormente, tal sentença de piso, confirmada por este Egrégio Tribunal de Justiça. (fls. 97-101).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que a pena aplicada em desfavor da paciente deve ser reduzida, em razão da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Sustenta que a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos assim como o regime inicial deve ser modificado, ressaltando que a paciente não é reincidente, o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e as circunstâncias judiciais indicam que a substituição é conveniente.

Destaca que o fato ocorreu em 1998 e que a paciente possui residência fixa e profissão definida - servidora pública estadual desde 1982 -, atualmente em gozo de licença médica, "face ao seu precário estado de saúde (cardíaca, hipertensa, com debilidade nas articulações e na coluna cervical" (fl. 6). Por tais razões, conclui não ser "adequado o seu encarceramento, sobretudo por ter sua saúde fragilizada" (fl. 7).

Discorre sobre a necessidade de concessão de prisão domiciliar em favor da paciente, em razão de seu estado de saúde, salientando que o acompanhamento médico de que necessita não é oferecido nos estabelecimentos prisionais capixabas.

Requer, liminarmente, a suspensão da ordem de prisão expedida em desfavor do paciente, em razão do trânsito em julgado da condenação, "concedendo-se a prisão domiciliar" (fl. 15), até o julgamento do presente *writ*. No mérito, pretende a aplicação retroativa do disposto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, reduzindo-se a pena imposta, a modificação do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido, às fls. 108-109, apenas para a paciente aguardar em regime aberto ulterior decisão desta Corte.

As informações foram juntadas às fls. 116-269, 283-285, 302-332 e 353-354.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 336-347, da lavra do Subprocurador-Geral da República Moacir Mendes Sousa, opinando pelo não conhecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da impetração e, se conhecida, pela concessão parcial, tão somente, para que o Juízo das execuções examine a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Segundo as últimas informações, a paciente ainda não iniciou o cumprimento da reprimenda, tendo sido designada a audiência admonitória para o dia 15.10.2013.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.475 - ES (2010/0026768-9)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA POR INTEIRO DA NOVA LEI. POSSIBILIDADE, SE MAIS BENÉFICA AO RÉU. ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). AFERIÇÃO *IN CONCRETO*. AVALIAÇÃO A SER FEITA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. (3) REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VEDAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. (4) NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. No julgamento do HC n.º 94.188/MS, em 16.11.2010, a Sexta Turma entendeu possível, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EREsp n.º 1.094.499/MG, da relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei n.º 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga - Lei n.º 6.368/76 -, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto. A avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica ao paciente deve ser realizada pelo Juiz das execuções, a quem incumbe verificar se estão presentes os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e, caso positivo, definir o *quantum* de aplicação da causa de diminuição. Somente após averiguar o patamar de pena aplicado em decorrência de cada norma, poderá o magistrado comparar as reprimendas e concluir qual regramento deve incidir no caso concreto.

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. *In casu*, a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juiz das execuções que verifique a lei mais benéfica à paciente: se a Lei n.º 11.343/06, com a redução prevista em seu art. 33, § 4º, caso cabível, ou se a Lei n.º 6.368/76, bem como, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, mantida a liminar deferida até a ulterior decisão do referido Juízo.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

In casu, observa-se que, após o julgamento da apelação, a Defesa formulou diretamente este *mandamus*. Não interpôs o recurso ordinário cabível.

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto à incidência da causa de diminuição, ao que cuido, a aplicação retroativa da causa diminuição prevista na nova lei de drogas a fatos ocorridos na vigência da Lei n.º 6.368/76 não se mostra possível, dado que não se me afigura correta a combinação de leis. Esse entendimento há muito defendo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, admitir a incidência de circunstâncias da nova lei mais favoráveis ao paciente, criando-se uma terceira lei mais benéfica, mista, que reúna dispositivos de ambas as leis, trata-se de desconfigurar os termos de um mesmo e único dispositivo, o que, segundo meu entendimento, extrapola a função judicial, imiscuindo-se o julgador na tarefa legislativa, ao rechaçar uma opção política, desestabilizando o equilíbrio entre os Poderes do Estado.

Ora, não é dado ao Poder Judiciário ingressar em seara própria do Poder Legislativo. Isso porque, se prestigiada a tese ora agitada, estar-se-ia a congregiar preceitos mais favoráveis de duas leis distintas, dando azo à criação de uma terceira - híbrida e anômala - norma.

É de ver que o § 4.º do artigo 33 traz uma norma una, porém complexa. Daí a indissociabilidade de seus comandos internos e justapostos. Um fato ninguém ignora: a *mens legis* da nova lei de drogas não foi suavizar o tratamento daqueles que resolvem traficar.

Com efeito, a partir do advento da Lei n.º 11.343/076, tornou-se mais rigoroso o tratamento dos grandes traficantes e daqueles que se entregam com frequência ao comércio malsão. Por outro lado, conferiu-se uma benignidade modulada em relação ao pequeno traficante que debuta na seara, com a previsão da causa de diminuição do § 4.º do art. 33.

Nesse âmbito, no julgamento do HC n.º 94.188/MS, em 16.11.2010, a Sexta Turma deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EREsp n.º 1.094.499/MG, da relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei n.º 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto.

Veja-se, não há combinação de leis, mas aplicação da lei mais benéfica ao réu, levando-se em consideração o caso concreto. Confira-se, a propósito, a ementa do precedente da Seção:

"PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, *CAPUT*, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO PRETÓRIO EXCELSO. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita *in concreto*, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

II - A norma inculpada no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no *caput* do art. 33.

III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no *caput* do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, incorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, 1ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão).

Embargos de divergência providos.

Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006."

(EREsp 1094499/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 18/08/2010)

Na hipótese, a avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica ao paciente deve ser realizada pelo Juiz das execuções, a quem incumbe verificar se estão presentes os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e, caso positivo, definir o *quantum* de aplicação da causa de diminuição. Somente após averiguar o patamar de pena aplicado em decorrência de cada norma, poderá o magistrado comparar as reprimendas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluir qual regramento deve incidir no caso concreto.

Ademais, cumpre salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que "*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na hipótese vertente, verifica-se que a negativa de abrandamento do regime inicial e a substituição (implicitamente) baseou-se na vedação legal, fato que atualmente é manifestamente contrário ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, tais questões foram superadas pela Suprema Corte, de modo que não configuram fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional e verificar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, e 44 e incisos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, verifica-se que a condenação do paciente transitou em julgado. Assim, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, e incisos, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Concedo a ordem, de ofício, para determinar ao Juiz das execuções que verifique a lei mais benéfica à paciente: se a Lei n.º 11.343/06, com a redução prevista em seu art. 33, § 4º, caso cabível, ou se a Lei n.º 6.368/76, bem como, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, mantida a liminar deferida até a ulterior decisão do referido Juízo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0026768-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 162.475 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100090025014

19079000030

19090008871

200802773896

EM MESA

JULGADO: 25/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : WILSE DE SOUZA MUQUI

CORRÉU : MASSAMUEL ALVES BERNARDINO

CORRÉU : FÁBIO CARNEIRO LIMA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.