



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.721 - SP (2010/0041964-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JOYCE MENEZES DE OLIVEIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON MENEZES DE OLIVEIRA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

4. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

TRÁFICO DE DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. INCIDÊNCIA. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA LEI NOVA QUE SE MOSTROU MAIS BENIGNA. INCIDÊNCIA RECONHECIDA NA SENTENÇA. CASSAÇÃO PELA CORTE IMPETRADA. FUNDAMENTOS EQUIVOCADOS. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena cominada ao delito do art. 33 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06.

2. Revela-se ilegal a cassação da aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, reconhecida presente na sentença, quando a Corte *a quo* conclui, equivocadamente, que na espécie houve a combinação de leis.

PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. PERMUTA ADMISSÍVEL. REQUISITOS SUBJETIVOS. PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. PERMUTA PROCEDIDA.

1. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, se o delito foi praticado ainda na vigência da Lei 6.368/76.

2. Fixada pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e considerando a reduzida quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do paciente, ilegal a manutenção da negativa de substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos, quando a medida mostra-se suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada. Inteligência dos incisos I e III do art. 44 do CP.

REGIME PRISIONAL FECHADO. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO EM MODO DIVERSO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO. REDUZIDA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. ILEGALIDADE PATENTEADA.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. Considerando o *quantum* de pena definitivamente irrogado, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e a reduzida quantidade de substância entorpecente apreendida, flagrante a ilegalidade na manutenção do regime fechado, sendo devida a fixação do modo aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

3. *Writ* não conhecido, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício para: a) cassar o aresto impugnado, restabelecendo-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a sentença condenatória no ponto em que aplicou, na sua integralidade, a Lei 11.343/06 para reduzir a sanção de 2/3, ante a aplicação da causa de especial diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, restando a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da mesma lei; b) substituir a sanção reclusiva por 2 (duas) restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto de execução, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2013. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.721 - SP (2010/0041964-4)

IMPETRANTE : JOYCE MENEZES DE OLIVEIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON MENEZES DE OLIVEIRA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de JEFERSON MENEZES DE OLIVEIRA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento da Apelação n.º 993.08.024585-1, interposta pelas partes, negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial para: a) condenar o paciente pela prática do delito descrito no art. 180, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa; b) manter a pena de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, para o delito descrito no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03, ante a ausência de pedido por parte do Ministério Público de readequação de sanção; e c) afastar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e fixar a pena de 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, a ser cumprida em regime fechado, restando a reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 70 (setenta) dias-multa, na forma do art. 69 do Código Penal, substituídas as reclusivas impostas pelos delitos de porte ilegal de arma e receptação por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período da pena privativa de liberdade, e multa, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que deveria ter sido aplicada retroativamente em favor do paciente a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 sobre a pena prevista no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, pois "*não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6.368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06*" e mostra-se mais benéfica ao paciente.

Alega que estão presentes os requisitos para a aplicação da minorante no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando-se a reprimenda em 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa.

Assevera que, tratando-se de delito perpetrado antes do advento da Lei n.º 11.464/07, deveria ser fixado o regime inicial aberto de execução, consoante o art. 33, § 2º, c, do CP.

Aduz que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para os condenados pelo delito de tráfico de drogas foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, salientando, ainda, que o paciente preenche os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Requeru, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa especial de diminuição descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 na fração de 2/3 (dois terços) sobre a pena prevista no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76; a fixação do regime inicial aberto de execução; bem como fosse procedida a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, *"apenas para que seja aplicada a causa de diminuição de pena, estabelecida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, e seja fixado o regime semiaberto"* (fls. 111).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.721 - SP (2010/0041964-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o Recurso Especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi denunciado como incurso no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03 e art. 180, *caput*, do Código Penal, todos na forma do art. 69 do CP, tendo sido absolvido do crime de receptação e condenado em primeira instância à sanção de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/06, e à 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, pelo cometimento do delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03, nos termos do art. 69 do Código Penal, a serem cumpridas no regime inicial fechado, concedido o direito de recorrer em liberdade, porque no dia **30-6-2005**, conforme consta do acórdão impugnado:

2. Consta na denúncia que no dia 30 de junho de 2005, por volta das 21:00 horas, na Rua Victoria Simionato, esquina com a Rua Anaz de Paula Machado, Jéferson Menezes de Oliveira Silva e Marcos Roberto Ribeiro de Souza, previamente ajustados e com unidade de desígnios, possuíam e portavam, respectivamente, uma pistola marca Taurus, calibre 380, [...], municiada com 13 cartuchos e um revólver marca Rossi, calibre 38, [...], municiado, ambas de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, que sabiam serem as armas produto de crime.

Consta ainda que Jéferson e Marcos Roberto tinham em depósito, guardavam e entregavam a consumo de terceiros, 10 invólucros de cocaína e 02 de maconha, respectivamente. (fls. 32/33)

Inconformadas as partes interpuseram recurso de apelação perante o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial para: a) condenar o paciente pela prática do delito descrito no art. 180, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa; b) manter a pena de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, para o delito descrito no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03, ante a ausência de pedido por parte do Ministério Público de readequação da sanção, a serem cumpridas no regime inicial aberto; e c) afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e fixar a pena de 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, a ser cumprida em regime inicial fechado, restando a pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 70 (setenta) dias-multa, na forma do art. 69 do Código Penal, substituídas as reclusivas impostas pelos delitos de porte ilegal de arma e receptação por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período da pena privativa de liberdade, e multa, mantida, no mais, a sentença condenatória.

No tocante ao pleito de redução da sanção com base no previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 sobre o preceito sancionador do art. 12 da Lei 6.368/76, verifica-se que o Juízo sentenciante, apreciando a questão relativa à aplicação da lei mais benéfica ao paciente, entendeu mais favorável a incidência da Lei nº 11.343/06, na sua integralidade, pelos fundamentos a seguir aduzidos:

Antes, porém, observo que, sendo os réus primários e não havendo prova de que se dedicam às atividades criminosas nem integram organização criminosa, considerando que a pena mínima aplicada ao crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, com a redução prevista no § 4º do mesmo artigo, é inferior à cominada no artigo 12, "caput", da Lei nº 6.368/76, deve ela retroagir em benefício dos acusados.

Assim, após a análise dos antecedentes criminais, das condutas sociais e das personalidades dos réus, levando em conta as circunstâncias e consequências do delito, atenta ao que seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime, não vislumbrando a necessidade de fixar a pena-base acima do mínimo legal, estabeleço-a, para o crime de tráfico de entorpecentes, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo. Não há circunstância agravantes ou atenuantes a serem sopesadas, nem tampouco causas de aumento incidentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pena será diminuída, no entanto, em 2/3, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, totalizando-se em 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, no valor unitário mínimo. (fls. 25)

O Tribunal de origem, por sua vez, ao dar provimento ao apelo ministerial, afastou a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, condenando o paciente pela prática do crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, à pena em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, sob os seguintes fundamentos:

Passa-se à dosimetria das penas, observada a primariedade e bons antecedentes dos réus.

Para o tráfico ilícito de entorpecentes, inaplicável, à espécie, a causa de diminuição de penas prevista no parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

É que o crime foi cometido sob a égide da Lei n. 6.368/86, mais benéfica ao réu, tendo em vista que a pena mínima nela fixada, para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de 03 anos de reclusão e 50 dias-multa, enquanto aquela fixada na Lei n. 11.343/06 é mais severa, ou seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Para que fosse possível a aplicação do redutor previsto no par. 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06, seria necessário que a pena aplicada ao réu fosse aquela prevista no "caput" do artigo mencionado e não aquela contida no preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

A aplicação de novo dispositivo legal sobre tipos penais já revogados, equivaleria a criação de uma nova lei, o que é vedado ao Judiciário, por não ter função legislativa.

Deve-se aplicar a lei mais benéfica em sua totalidade.

Portanto, entendo que não é possível a combinação de leis, ou seja, aplicar somente as partes mais benéficas de cada lei.

[...]

Fixa-se, desta forma, as penas no mínimo legal de 03 anos de reclusão e 50 dias-multa. (fls. 87/88)

Inicialmente, ressalvo meu posicionamento no sentido da possibilidade de aplicação dos ditames mais benéficos da nova Lei de Tóxicos aos fatos cometidos anteriormente à sua vigência, mesmo quando já transitada em julgado a sentença condenatória, à luz do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, constitucionalmente previsto (art. 5º, XL, da CF), e em observância ao que dispõe o art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º, parágrafo único, do Código Penal, assim redigido: *"A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado"*.

Prevê o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06:

"§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

O crime definido no *caput* do art. 33 da nova legislação de tóxicos, é praticamente o mesmo pelo qual foi condenado o paciente - art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76 -, modificando o legislador tão somente as penas mínima e máxima cominadas abstratamente para o delito, que foram elevadas para 5 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

Evidente, destarte, que a nova causa de especial diminuição da reprimenda, bem como a novas frações previstas no art. 40 da Lei n.º 11.343/06, que, substituindo a regra contida no art. 18, I, da Lei n.º 6.368/76, passou a estabelecer aumentos de 1/6 a 2/3, quando anteriormente previa-se a elevação de pena de 1/3 a 2/3, seriam perfeitamente aplicáveis ao caso em exame, posto que se tratam de normas de caráter preponderantemente penal, e, sendo mais benéficas, incidem imediata e retroativamente aos crimes cometidos anteriormente a sua vigência, independentemente da fase em que se encontrem, inclusive com sentença transitada em julgado, já em sede de execução.

Nesse vértice é a lição de FERNANDO CAPEZ, ao comentar as hipóteses de aplicação de lei posterior, consoante o disposto no art. 2º e seu parágrafo único, do Código Penal, e no art. 5º, XL, da Carta Magna:

"b) 'Novatio legis in melius': é a lei posterior (novatio legis) que, de qualquer modo, traz um benefício para o agente no caso concreto (in melius). A lex mitior (lei melhor) é a lei mais benéfica, seja anterior ou posterior ao fato. Quanto posterior, recebe o nome indicado neste item, significando nova lei em benefício do agente. Tanto na hipótese da abolitio criminis quanto na da alteração in melius, a norma penal retroage e aplica-se imediatamente aos processos em julgamento, aos crimes cuja perseguição ainda não se iniciou e, também, aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

casos já encerrados por decisão transitada em julgado. Qualquer direito adquirido do Estado com a satisfação do jus puniendi é atingido pela nova lei, por força do imperativo constitucional da retroatividade da lex mitior (art. 5º, XL)" (Curso de Direito Penal, Parte Geral, 10ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55).

Enfim, por ser a diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, norma penal posterior mais favorável, entendo que deveria incidir em favor daqueles condenados por infração ao art. 12 da Lei n.º 6.368/76, **e sobre a sanção cominada na antiga Lei Antitóxicos, vez que refuto a ideia de que o Juiz, ao aplicar princípio constitucionalmente previsto, que é o da retroatividade da lei nova mais benigna, estaria, no caso do art. 33, § 4º, criando uma terceira lei, sob pena de, assim considerando, negar vigência a preceito superior, contido na Constituição, e reproduzido na lei federal.**

Contudo, a Terceira Seção deste Superior Tribunal firmou entendimento no sentido da impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei n.º 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei n.º 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a reprimenda cominada ao delito do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PLEITO DE ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CABIMENTO DA LEI MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE A SER ANALISADA PELO COLEGIADO A QUO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. WRIT CONCEDIDO PARCIALMENTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de formas justa e fundamentada, a que seja necessária e suficiente.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base se apoiando, tão somente, em referências vagas, genéricas e desprovidas de alicerce objetivo para justificá-la.

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de ser inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao preceito secundário do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 12, da Lei nº 6.368/76, porquanto não se admite a combinação de leis, ainda que em benefício do réu.

4. Em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, e, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas, na íntegra, será ou não mais favorável ao réu. Todavia, não cabe a esta Corte verificar diretamente qual lei seria mais benéfica à paciente deste writ, uma vez que incorreria em indevida supressão de instância.

[...]

8. Habeas corpus parcialmente concedido para, fixada a pena-base no mínimo legal, reduzir a reprimenda para 3 anos de reclusão, no regime aberto, e substituir a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juiz da Execução.

9. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul analise a possibilidade de redução da pena, com fulcro no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, observadas as balizas contidas no seu preceito secundário.

(HC 181.830/RS, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 02/08/2012 - destacamos)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. DOSIMETRIA. DELITO COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/76. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. IMPOSSIBILIDADE DE CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. SUSPENSÃO DA EXPRESSÃO NORMATIVA CONSTANTE DO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS PELO SENADO. VIABILIDADE DA CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM RESTRITIVA DE DIREITOS A SER ANALISADA COM ESTEIO NAS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS NO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE PASSÍVEL DE SER SANADA EM WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. O Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33, e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06.

III. Edição, pelo Senado Federal, da Resolução n. 5/2012 - publicada no DOU de 16.2.2012 - suspendendo a execução da expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, a qual vedava, in abstrato, a conversão em penas restritivas de direitos.

IV. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à condenação e à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

V. Não pode ser admitida a combinação de leis, vez que a minorante delineada no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é regra relativa ao caput do mesmo artigo, não cabendo ao magistrado cindir o dispositivo legal, aplicando uma parte do retrocitado artigo, em combinação com o artigo 12 da Lei 6.368/76, criando uma nova norma, sob pena de ver usurpada a competência do legislador.

[...]

IX. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.
(HC 239.250/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012 - grifamos)

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 6.368/76. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006, SOBRE A PENA BASE DO ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS QUE NÃO PODE OCORRER NO CASO. ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE (ERESP 1.094.499/MG). ORDEM DENEGADA.

1. Essa Corte fixou o entendimento de que, no caso de tráfico de drogas cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, é possível a incidência da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, desde que não haja cisão da regra, que é dirigida ao caput do mesmo artigo (EREsp 1.094.499/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 18/08/2010).

2. A lei antiga comina pena mínima de 03 anos de reclusão e 50 dias-multa (art. 12, caput, da Lei n.º 6.368/76), enquanto o novo regramento prevê sanção de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa (art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006). Para que possa incidir a minorante do § 4.º, do art. 33, da Nova Lei de Drogas, deve ser considerada a pena mínima de 5 anos.

3. Não foi assim que procedeu o Juízo das Execuções, que combinou os aspectos mais benéficos das duas normas, criando, sem legitimidade - por não poder substituir o Legislador -, uma terceira regra. Por isso, acertou o Tribunal a quo ao reformar tal entendimento.

4. Na espécie, o Magistrado Singular reduziu a reprimenda à razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 1/6. Tal decréscimo, sobre a pena-base de 5 anos, resulta em sanção de 4 anos e 2 meses - mais gravosa que a pena de 3 anos a que foi sentenciada a Paciente. Assim, não é benéfica a aplicação da minorante pretendida.

5. Ordem denegada.

(HC 163.920/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012 - negritamos)

E, na hipótese, da leitura da sentença condenatória, constata-se que o Juízo sentenciante, entendendo que a aplicação integral da Lei nº 11.343/06 se mostrava mais benéfica ao paciente, fixou-lhe a reprimenda definitiva de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, em consonância com o entendimento firmado por este Superior Tribunal.

Assim, presente o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente, pois revela-se ilegal a cassação da aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 efetuada sobre a reprimenda cominada ao delito do art. 33 da mesma lei, reconhecida mais favorável na sentença, quando a Corte *a quo* concluiu, equivocadamente, que a Lei nº 6.368/76 seria mais benéfica e que não poderia haver combinação de leis, providência em momento algum efetuada pelo magistrado singular, devendo o édito condenatório ser restabelecido nesse ponto.

Relativamente à pretendida substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, o juiz sentenciante negou a benesse em questão, no que foi mantida pelo Tribunal de origem, sob os seguintes fundamentos:

Os motivos e as circunstâncias do crime estão a indicar que a substituição da reprimenda por penas restritivas de direito não são suficientes à repressão do crime cometido.
(fls. 82)

Insta destacar que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento do STF no sentido da possibilidade de progressão de regime nos delitos hediondos ou equiparados, tem orientado que *"não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal"* (REsp n.º 1.164.191/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fisher, julgado em 2-9-2010, DJe 4-10-2010).

Com efeito, este Superior Tribunal, ao tratar da matéria, vem destacando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a possibilidade da permuta nos delitos cometidos na vigência da Lei n.º 6.368/76, após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, e tendo em conta ainda a superveniência da edição e entrada em vigor da Lei n.º 11.464/07, que legalizou a possibilidade de progressão, pelo que não mais subsistiria o fundamento para impedir a substituição, quando atendidos os requisitos do art. 44 e seus incisos do Código Penal, a saber: a) pena não superior a 4 anos; b) crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso; d) e as circunstâncias do art. 59 tiverem sido consideradas favoráveis.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados desta colenda Turma:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ PRIMÁRIA, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, resta afastado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis à ré, estando a pena-base fixada no mínimo legal, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Uma vez afastado o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

4. Sendo a condenada por crime perpetrado sem violência ou grave ameaça, reconhecidamente primária e de bons antecedentes, faz jus à substituição da pena corporal. Não exsurge como fundamento idôneo para negar ao condenado a aplicação de pena alternativa a impressão pessoal dos julgadores acerca da gravidade abstrata do delito. Precedentes.

5. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente, mediante condições a serem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, a quem caberá, atendidos os requisitos subjetivos e objetivos, decidir sobre o deferimento da substituição das penas, nos exatos termos do art. 44 do Código Penal. (HC n. 92.689/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 27-3-2008)

Infere-se que, na hipótese que se apresenta, as instâncias ordinárias entenderam pela impossibilidade de proceder-se à almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelos "*motivos e as circunstâncias do crime*" (fls. 82), sem, no entanto, terem apontado qualquer elemento concreto dos autos que efetivamente demonstrasse que a substituição da reprimenda reclusiva por penas alternativas não se mostraria, no caso, socialmente recomendável, incorrendo, aí, em constrangimento ilegal.

Dessa forma, verificado que o paciente era primário, que a pena finalmente irrogada é inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, que todas as circunstâncias judiciais lhe foram tidas como favoráveis, bem como considerando a reduzida quantidade de substância entorpecente apreendida em seu poder - 10 invólucros de cocaína e 2 de maconha - e a ausência de indicação de elementos concretos que justifiquem a negativa do benefício em questão, flagrante a ilegalidade, sendo **de rigor a substituição da sanção reclusiva por 2 (duas) restritivas de direitos**, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Competente.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado deste Superior Tribunal:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 12 DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO, NO CASO CONCRETO, PARA O PACIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS. CABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 440 DESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO.

[...]

4. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, mostra-se adequada a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, uma vez que o Paciente é reconhecidamente primário, possui bons antecedentes e teve valoradas como favoráveis todas as circunstância judiciais, tanto que sua pena-base restou fixada no patamar mínimo.

5. "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento

de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." Enunciado da Súmula n.º 440 desta Corte.

6. Ordem parcialmente concedida para assegurar ao Paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, devendo as condições dos dois benefícios serem implementadas pelo Juízo das Execuções Penais. (HC n.º 169.596/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 3-3-2011, DJe 28-3-2011)

No que tange ao modo inicial de cumprimento de pena fixado, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, no que foi mantido pelo Tribunal Estadual, "*nos termos da Lei n. 11.464/07*" (fls. 89).

Consta do acórdão impugnado que o crime de tráfico de drogas imputado ao paciente ocorreu em **30-6-2005**, antes, portanto, do advento da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

Com efeito, ante a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, passou a ser perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação, em tese, de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei n.º 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor, como reiteradamente vem orientando este Superior Tribunal.

Nessa direção, tem-se:

PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. REGIME ABERTO INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 PELO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que preconizava o cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos em regime integralmente fechado, restou possibilitada a execução da sentença penal condenatória desses feitos pelos outros regimes prisionais previstos no ordenamento jurídico para a pena de reclusão, disciplinados no art. 33 do Código Penal (fechado, semi-aberto e aberto), bem como a progressão para o sistema mais brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP.

2. Assim sendo, em se tratando de crimes hediondos, para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada, faz-se necessário que a pena-base seja fixada acima do mínimo legal, por meio de motivação idônea, com demonstração concreta das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que, necessariamente, devem ser desfavoráveis ao réu, para a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Esse entendimento, todavia, no que tange aos delitos relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, só tem aplicação aos tipos cometidos anteriormente à vigência da Lei 11.464, de 28/3/07, haja vista que esse diploma legal preconizou que nos crimes dessa espécie a pena deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado.

4. Considerando que, no caso concreto, (a) a traficância antecedeu a citada alteração legislativa, (b) o réu é primário e (c) a pena-base foi fixada no mínimo legal (por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu), impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda aplicada por tráfico ilegal de drogas, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal.

5. Ordem concedida. (HC n.º 60523/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, j. em 25-10-2007)

No mesmo sentido, do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: EXECUÇÃO. Criminal. Pena. Tráfico de drogas. Regime inicial fechado. Incidência do art. 2, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação determinada pela Lei nº 11.464/07. Fato ocorrido antes da vigência da lei. Retroatividade de lei penal mais gravosa. Inadmissibilidade. Reclusão por tempo inferior a 4 (quatro) anos. Incidência do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal. HC concedido. Aplicação da súmula 719.

A garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa impõe a aplicação, aos fatos praticados antes da edição da Lei n.º 11.464/07, da regra geral do art. 33, § 2, 'b', do Código Penal, para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena." (HC n.º 98.365/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 15-12-2009, DJe 12-2-2010)

Desta forma, presente a coação aventada na inicial, visto que perfeitamente possível a fixação de regime inicial menos severo que o fechado aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes cometido antes do advento da Lei n.º 11.464/07, como se verifica na hipótese *sub examine*.

E, em assim sendo, a fixação do modo mais gravoso revela-se desproporcional ao *quantum* de pena aplicada e à favorabilidade das circunstâncias judiciais.

De fato, considerando que apenas a natureza e diversidade das drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontradas foram tidas como negativas, tal argumento mostra-se insuficiente para autorizar o estabelecimento do regime mais gravoso para o início do resgate da reprimenda no caso concreto, pois capturados apenas 10 invólucros de cocaína e 2 de maconha, não se podendo olvidar, outrossim, que o paciente é primário, não registra antecedentes criminais e a pena definitiva é de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Nesse contexto, cabível a fixação do regime inicial aberto, por ser o mais adequado e proporcional às circunstâncias inerentes ao caso em questão, de acordo com o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE.

EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS.

POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmutar-se em legislador ordinário, criando lei nova. Assim, não prospera o pleito de aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 sobre a pena-base prevista no art. 12 da Lei n.º 6.368/76.

2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Assim, independentemente da hediondez do delito, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. No caso em questão, a Paciente foi condenada à pena reclusiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Portanto, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto".

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, mantida a condenação da Paciente, reformar o acórdão impugnado, a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

(HC 167.829/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para: a) cassar o aresto impugnado, restabelecendo-se a sentença condenatória no ponto em que aplicou, na sua integralidade, a Lei nº 11.343/06, para reduzir a sanção em 2/3, ante a aplicação da causa de especial diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, restando a reprimenda do paciente definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da mesma lei; b) substituir a sanção reclusiva por 2 (duas) restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto de execução, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0041964-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 164.721 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50050516116

9842005

993080245851

EM MESA

JULGADO: 21/03/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOYCE MENEZES DE OLIVEIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON MENEZES DE OLIVEIRA SILVA (PRESO)
CORRÉU : MARCOS ROBERTO RIBEIRO DE SOUZA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.