



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.046 - SP (2009/0197376-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : BRENO GARCIA DE OLIVEIRA JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO ALVES DA SILVA
PACIENTE : JOSÉ RANEILDO LOPES

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. APELAÇÃO JULGADA APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA NORMA. ACÓRDÃO OMISSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 3. CONDENAÇÃO ANTERIOR A LEI Nº 11.464/07. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. APLICABILIDADE. DISPOSIÇÃO DO ARTIGO 33, § 3º, DO CP. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA, INCLUSIVE DE OFÍCIO.

1. A aplicação da causa de diminuição da Lei n.º 11.343/06 não foi examinada pelo Tribunal de origem, não podendo, assim, ser apreciado o tema, agora, por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A Corte de origem deve examinar a aplicabilidade da causa de diminuição de reprimenda prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, visto que a apelação defensiva foi julgada quando já estava em vigor o mencionado diploma legal, figurando a omissão do aresto atacado em manifesto constrangimento ilegal, que deve ser sanado de ofício, para que o Tribunal *a quo* enfrente a matéria.

3. Diante da reconhecida inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, é possível se impor, para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, regime diverso do fechado, ante condenação por crime de tráfico anterior à Lei n.º 11.464/07, incidindo, pois, o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal.

4. Ordem em parte conhecida e, nessa extensão, concedida a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento das reprimendas e, de ofício, determinar que o Tribunal de origem manifeste-se sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

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 Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e nesta parte a concedeu, inclusive de ofício, nos termos da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 16 de setembro de 2010(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.046 - SP (2009/0197376-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : BRENO GARCIA DE OLIVEIRA JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO ALVES DA SILVA
PACIENTE : JOSÉ RANEILDO LOPES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDUARDO ALVES DA SILVA e JOSÉ RANEILDO LOPES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 920.831.3/1).

Consta dos autos que os pacientes foram denunciados por tráfico ilícito de entorpecentes, pois, na data de 9.6.2004, "associaram-se para praticarem o crime descrito no art. 12 da Lei n.º 6.368/76, e nesta oportunidade, traziam consigo, para fins de comercialização, aproximadamente, 55,4 g (cinquenta e cinco gramas e quatrocentos miligramas) de *cannabis sativa* L., conhecida como maconha, distribuídos em oito trouxinhas duplas e em duas simples; 10,6 g (dez gramas e seiscentos miligramas) de cocaína, acondicionados em dezoito trouxinhas plásticas, e 1,8 g (um grama e oitocentos miligramas) de cocaína, em forma de *crack*, divididos em cinco pedras" (fl. 19).

Contudo, o Juízo de primeiro grau proferiu *decisum* absolutório, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o órgão ministerial interpôs recurso de apelação perante o Tribunal Bandeirante, que lhe deu provimento para condenar os ora pacientes às penas de 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 12, *caput*, c.c. o art. 14 da Lei n.º 6.368/76. O regime carcerário fixado foi o integralmente fechado, para o primeiro delito, e inicialmente fechado, para o segundo.

Neste *writ*, alega o impetrante, inicialmente, que não existem nos autos provas consistentes da culpabilidade dos pacientes, a não ser a palavra dos policiais responsáveis pelas prisões.

Assevera que, no caso em apreço, devido às contradições entre as versões da acusação e da defesa, era de rigor a análise do quadro probatório com percuciência, sem parcialidade ou subjetividade.

Argumenta, ainda, que o acórdão objurgado, ao estabelecer o regime inicial fechado, deixou de observar o disposto no art. 33, § 2º, letra *b*, do Código Penal.

Defende, ainda, aplicação retroativa da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz que a prisão dos pacientes, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, requer fundamentação específica na decisão judicial, não sendo suficiente invocar que os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo.

Salienta que os pacientes possuem residência fixa, ocupação lícita e bons antecedentes.

Requer, liminarmente, seja dado efeito suspensivo ao acórdão da apelação, assegurando aos pacientes o direito de buscarem o pleiteado sem recolherem-se à prisão. No mérito, pretende a modificação do regime inicial de cumprimento da pena e a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Proferi despacho, às fls. 62/63, nestes termos:

"Consta dos autos que foram expedidos mandados de prisão em desfavor dos pacientes, em 17/9/2009.

Assim, antes de apreciar o pleito liminar, solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora e ao juízo de primeiro grau, em especial:

a) se houve o trânsito em julgado da condenação, nos autos do processo n.º 565.01.2004.005445-5 (n.º 1012/04);

b) se as questões relativas ao regime inicial de cumprimento da pena e à aplicação retroativa da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, foram analisadas por aquela Corte;

c) em caso afirmativo, encaminhem-se as cópias das respectivas decisões."

Advieram as informações prestadas pela autoridade coatora às fls. 72/97 e pelo Juízo de primeiro grau às fls. 68/70, depreendendo do noticiado que: a) houve o trânsito em julgado da condenação, nos autos da ação penal n.º 565.01.2004.005445-5 (n.º 1012/04); b) a questão relativa à aplicação retroativa da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, não foi analisada pelo Tribunal de origem; c) os pacientes foram condenados às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes.

O pedido liminar foi, então, deferido (fls. 98/101) apenas para que os pacientes pudessem iniciar o cumprimento das penas que lhes foram impostas, nos autos da ação penal n.º 565.01.2004.005445-5, no regime semiaberto, até o julgamento definitivo deste *writ* pelo Órgão Colegiado.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Edinaldo de Holanda (fls. 107/108), pelo parcial conhecimento e, nessa extensão, pela concessão da ordem, a fim de confirmar a liminar.

A defesa interpôs a Petição n.º 78.127 (fls. 114/128) informando o descumprimento da decisão liminar proferida neste *writ* e requerendo que fosse determinado ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Caetano do Sul a imediata remoção do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente EDUARDO ALVES DA SILVA.

Novo despacho foi por mim proferido nos seguintes termos (fl. 134):

"Entretanto, consta dos autos, à fl. 126, uma decisão proferida pelo juízo *a quo*, em 29/3/2010, determinando 'o aditamento dos mandados de prisão, fazendo constar o regime semiaberto'.

Assim, antes de apreciar o pleito liminar, solicitem-se informações ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Caetano do Sul sobre o alegado na petição, em especial, se EDUARDO ALVES DA SILVA e JOSÉ RANEILDO LOPES encontram-se cumprindo as penas que lhes foram impostas, nos autos da ação penal n.º 565.01.2004.005445-5 (n.º 1012/04), no regime semiaberto, conforme determinado por esta Corte, nos autos do HC n.º 150.046/SP."

Novas informações foram trazidas aos autos às fls. 136/138 e 145/147. O Juízo de origem noticiou que: a) em 13.5.2010 cumpriu-se o mandado de prisão em desfavor de EDUARDO ALVES DA SILVA; e b) os autos aguardam a prisão de JOSÉ RANEILDO LOPES.

Proferi, então, despacho à fl. 141. Ei-lo:

"A decisão de fls. 98/101 deferiu a liminar para assegurar aos pacientes o cumprimento das penas que lhe foram impostas no regime inicial semiaberto, nos autos da ação penal n.º 565.01.2004.005445-5 (n.º 1012/04).

Entretanto, a petição de fls. 114/117 informa o descumprimento da referida decisão e requer seja determinado ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Caetano do Sul a imediata remoção do paciente EDUARDO ALVES DA SILVA.

Assim, oficie-se àquele juízo, a fim de que esclareça se os pacientes encontram-se cumprindo as penas impostas naqueles autos no regime semiaberto."

O Juízo *a quo* prestou informações às fls. 151/153 não especificando, contudo, o que fora determinado.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 150.046 - SP (2009/0197376-0)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. APELAÇÃO JULGADA APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA NORMA. ACÓRDÃO OMISSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 3. CONDENAÇÃO ANTERIOR A LEI Nº 11.464/07. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. APLICABILIDADE. DISPOSIÇÃO DO ARTIGO 33, § 3º, DO CP. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA, INCLUSIVE DE OFÍCIO.

1. A aplicação da causa de diminuição da Lei n.º 11.343/06 não foi examinada pelo Tribunal de origem, não podendo, assim, ser apreciado o tema, agora, por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A Corte de origem deve examinar a aplicabilidade da causa de diminuição de reprimenda prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, visto que a apelação defensiva foi julgada quando já estava em vigor o mencionado diploma legal, figurando a omissão do aresto atacado em manifesto constrangimento ilegal, que deve ser sanado de ofício, para que o Tribunal *a quo* enfrente a matéria.

3. Diante da reconhecida inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, é possível se impor, para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, regime diverso do fechado, ante condenação por crime de tráfico anterior à Lei n.º 11.464/07, incidindo, pois, o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal.

4. Ordem em parte conhecida e, nessa extensão, concedida a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento das reprimendas e, de ofício, determinar que o Tribunal de origem manifeste-se sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Inicialmente, cumpre ressaltar que estes autos foram a mim atribuídos por prevenção ao HC n.º 81.362/SP, impetrado em favor dos ora paciente, no qual deferi a liminar para assegurar aos pacientes que aguardem, em liberdade, o julgamento definitivo daquele *writ* pela Turma Julgadora ou o trânsito em julgado de eventual condenação. Com o advento do trânsito, o *mandamus* foi julgado prejudicado.

Busca-se, na presente impetração, a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ante delito praticado sob a égide da Lei n.º 6.368/76; bem como a fixação do regime inicial semiaberto.

No que se refere à aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º, da Lei n.º 11.343/06, vê-se de pronto que a defesa não suscitou a sua incidência nem em sede de apelo, nem nos embargos de declaração.

Contudo, a apelação da defesa foi julgada em 14.3.07, quando já vigia a Lei n.º 11.343/06, não se tratando de hipótese de entrada em vigor da lei após o trânsito em julgado, o que levaria à competência do Juiz da execução para apreciar a matéria.

Na verdade, a Corte de origem deveria ter se manifestado, no julgamento da apelação, acerca da aplicabilidade da mencionada causa de diminuição de pena. A omissão do aresto atacado configura manifesto constrangimento ilegal, que deve ser sanado de ofício, para que o Tribunal de origem enfrente a matéria.

Inviável, todavia, conhecer do *writ*, para examinar desde logo o mérito do pedido, porque o tema não foi enfrentado no acórdão atacado, sob pena de indevida supressão de instância. Confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO JULGADA APÓS A VIGÊNCIA DA NORMA. ACÓRDÃO OMISSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O tema que não foi examinado pelo Tribunal de origem não pode ser apreciado, agora, por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Se a apelação da Defesa foi julgada quando já estava em vigor a Lei nº 11.343/2006, a Corte de origem deveria ter examinado a aplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, daquele diploma legal. A omissão do aresto atacado configura manifesto constrangimento ilegal, que deve ser sanado de ofício, para que o Tribunal de origem enfrente a matéria.

3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de origem manifeste-se sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006."

(HC 106.887/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 10/05/2010)

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. APLICAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. EXAME NA VIA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO ANTERIOR SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. DESCABIMENTO. CULPABILIDADE. DESFAVORABILIDADE. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO PARCIALMENTE.

1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

2. Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respeito ao princípio da presunção de inocência, não podem ser considerados, para caracterização de maus antecedentes, de má personalidade ou de má conduta social condenação anterior sem certificação de trânsito em julgado.

3. Remanescendo uma circunstância judicial considerada negativamente - a culpabilidade - não há como aplicar a pena-base em seu mínimo.

ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL. LEI NOVA EM VIGOR À DATA DA APELAÇÃO. ANÁLISE DEVIDA. CONHECIMENTO DO *WRIT* NESSE PONTO.

1. A impetração insurge-se também contra a não apreciação, pelo Tribunal de origem, da possibilidade, no caso, de incidência do redutor inserto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, que encontrava-se em vigor ao tempo do julgamento do apelo, possibilitando o conhecimento do *writ* nesse ponto.

COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela 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 n. 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena-base cominada ao delito do art. 33 da Lei n. 11.343/06, permitindo-se, contudo, ao condenado, a escolha entre o regramento antigo e o atual.

2. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que, tratando-se a nova regra prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 de norma de caráter preponderantemente penal e, sendo mais benéfica, aplica-se imediata e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência, nos precisos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, independentemente da fase em que se encontrem, devendo a mitigação incidir sobre a sanção cominada na Lei 6.368/76. Precedentes da Sexta Turma do STJ e do STF.

3. Ordem parcialmente concedida para excluir da pena-base o aumento em razão dos maus antecedentes da paciente, ilegalmente considerados, restando a sanção definitiva em 3 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 52 dias-multa, e para determinar que o Tribunal de Justiça impetrado analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecê-la."

(HC 115.443/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/03/2010)

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE EXAGERADA. APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. PRIMARIEDADE. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SITUAÇÃO IDÊNTICA À DOS CORRÉUS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXAME DE PROVAS. DESNECESSIDADE. MATÉRIA QUE DEVE SER APRECIADA NO MANDAMUS ORIGINÁRIO.

1. Se, da análise da sentença, verifica-se que apenas as circunstâncias do crime realmente justificam o aumento da sanção, pelo fato de o paciente ter sido considerado responsável pela distribuição de drogas na região, deve ser reduzida a reprimenda ao mesmo patamar aplicado ao corréu que se encontra em situação semelhante.

2. As 'consequências drásticas do crime de tráfico' e a 'busca de dinheiro fácil' como sua motivação são inerentes ao próprio tipo penal, não servindo como fundamentos para a exacerbação da pena-base.

3. Tendo o fato ocorrido antes da vigência da Lei nº 11.343/06, sendo o paciente primário e sem antecedentes, de rigor a fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Isso porque o paciente está em situação idêntica à dos corréus que obtiveram o benefício, sem que haja motivo de caráter exclusivamente pessoal, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

4. A matéria que não foi analisada pelo Tribunal de origem não pode ser enfrentada por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância. Cabe à Corte estadual apreciar o mérito do *habeas corpus* em que se pretende a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois desnecessária a análise profunda das provas.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido, inclusive de ofício, para reduzir a reprimenda imposta ao paciente, fixar o regime aberto para o início do cumprimento da sanção corporal e substituí-la por duas medidas restritivas de direitos, devendo o Tribunal de origem examinar o mérito do writ originário relativamente à aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06."

(HC 79.658/GO, minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010)

No que pertine à alteração do regime inicial de cumprimento de pena, eis o dito pelo Tribunal *a quo*, *in verbis* (fls. 41/43):

"(...)

No concernente à individualização das medidas repressivas, convém observar que as condições pessoais dos infratores lhes favorecem. Assim sendo, estribado na norma do art. 59, II, do Código Penal, para cada delito praticado, fixo as penas-base em 3 anos de reclusão e 50 dias-multa, no seu valor mínimo. (...)

(...)

No concernente ao regime carcerário relativo ao crime de tráfico de entorpecentes, segundo determina o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, a pena deverá ser cumprida integralmente em regime fechado. (...)

(...)

Porém, quanto ao regime para a sanção corporal do crime de associação (art. 14), observo que é inicialmente fechado (não integralmente fechado) (...). Efetivamente, o segundo crime não é hediondo (...).

(...)"

É de ver que o crime foi praticado sob a égide da Lei n.º 6.368/76, sendo que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei n.º 11.464/2007, a qual alterou o art. 2º da Lei n.º 8.072/1990 para incluir, no § 1º, a determinação de que "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente no regime fechado", constitui *lex gravior*, insuscetível de retroagir para prejudicar o réu, impondo-se a fixação do regime inicial nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Assim, diante da fixação da pena-base no mínimo legal, apura-se que as condições pessoais previstas no art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal, encontram-se plenamente satisfeitas. Nesse sentido, confira-se a remansosa jurisprudência deste Sodalício:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CP. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. ADMISSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Verificado que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/07, a qual, estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do *quantum* de pena aplicado, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2º, do Código Penal.

2. Excluído 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, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes.

3. Concedida parcialmente a ordem para, mantida a condenação, reformar o regime prisional de cumprimento da pena reclusiva para o inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito." (HC 131637/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 03/08/2009)

"PENAL – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – ERRÔNEA FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE – AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E INERENTES AO PRÓPRIO CRIME – MESMO FATO CONSIDERADO COMO ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – CONFIGURAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 11.464/07. JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE, AO CONSIDERAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO, PERMITIU A INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA – ORDEM CONCEDIDA PARA REDUZIR A PENA BASE E SUBSTITUIR O REGIME INICIALMENTE FECHADO PELO SEMIABERTO.

Na fixação das penas-base não pode o Magistrado utilizar afirmações genéricas e elementos inerentes ao próprio crime para agravar a situação do condenado.

Na dosimetria da pena não pode um mesmo fato ser considerado para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configurar antecedentes e reincidência (Súmula 241 do STJ).

A Lei 11.464/07 não pode ser aplicada retroativamente para impor ao autor de crime de tráfico, praticado sob a égide da Lei 6368/76, o regime inicialmente fechado.

Se o paciente tem em seu favor a análise das circunstâncias judiciais e sua pena não excede quatro anos, ele deve iniciar o cumprimento de sua pena no regime semiaberto (Súmula 269 do STJ).

Ordem concedida para reduzir as penas-base e a final, bem como substituir o regime inicialmente fechado pelo semiaberto." (HC 115497/MG, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe 02/03/2009)

Ante o exposto, **conheço em parte** da ordem e, nessa extensão, a **concedo** a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento das reprimendas e, **de ofício**, determinar que o Tribunal de origem manifeste-se sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0197376-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 150.046 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10122004 5650120040054455 9208313

EM MESA

JULGADO: 16/09/2010

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRENO GARCIA DE OLIVEIRA JUNIOR

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : EDUARDO ALVES DA SILVA

PACIENTE : JOSÉ RANEILDO LOPES

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 Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e nesta parte a concedeu, inclusive de ofício, nos termos da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 16 de setembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário