



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 128.291 - SP (2009/0024455-3)**

RELATOR : **MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : **LEONEL LUCAS LUCARIELLO FILHO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **SIDNEI JESUS DOS SANTOS**

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

a) A matéria referente à redução de penas não foi apreciada pelo Tribunal estadual e, assim, não pode ser conhecida por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

b) Impetração não conhecida. Vencido, parcialmente, o relator, que concedia, de ofício, para aplicar à espécie o redutor de penas.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido de *habeas corpus* e, por maioria, denegar a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Vencido neste ponto o Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 17 de agosto de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO CELSO LIMONGI
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 128.291 - SP (2009/0024455-3)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : LEONEL LUCAS LUCARIELLO FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDNEI JESUS DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator): Trata-se de "habeas corpus" impetrado em benefício de **Sidnei Jesus dos Santos**, sob alegação de coação ilegal por parte do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Consta da inicial que o paciente, denunciado por infração aos artigos 12, "caput"; e 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76 (porte de quatro porções de "crack" - 9,0g), foi absolvido em primeiro grau de jurisdição. O Ministério Público Estadual recorreu e o E. Tribunal "a quo" deu provimento ao recurso, para condenar o paciente a três anos de reclusão, em regime prisional integralmente fechado, e ao pagamento de cinquenta dias-multa, por infração ao artigo 12, "caput", da Lei nº 6.368/76. Interposto recurso especial, não foi ele admitido. Pretende o impetrante, na presente ação, a aplicação do redutor de pena previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006. Aduz que o paciente preenche todos os requisitos e, por outro lado, é perfeitamente possível a combinação de leis. Assevera, ainda, que a fixação do regime prisional integralmente fechado é inconstitucional, devendo ser reformado o v. acórdão hostilizado, também quanto a tal aspecto. Pleiteia o impetrante a concessão da ordem, para que seja aplicado à espécie o redutor de penas previsto na nova legislação, bem como a fixação de regime menos gravoso ou, pelo menos, do inicial fechado (fls. 2 a 10).

O E. Tribunal impetrado prestou as informações de fls. 40/41.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, em parecer assim ementado (fls. 51/53):

Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Combinação do art. 12 da Lei 6368/76 com art. 33-§4º da Lei 11.343/06. Impossibilidade. Regime inicial fechado.

1. O paciente foi condenado a três anos de reclusão pela prática do crime de tráfico de entorpecentes sob a égide da Lei 6368/76. Neste *habeas corpus*, o impetrante pretende a redução da pena em 2/3, com apoio no artigo 33-§4º da Lei 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O ordenamento jurídico não permite a combinação de leis pelo Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

3. O conflito entre a lei penal vigente à data do fato e a lei penal posterior resolve-se pela aplicação daquela que for benéfica ao réu, no caso, a Lei 6.368/76 que possui pena em abstrato mais leve, de 3 a 5 anos de reclusão.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a vedação à progressão de regime prevista na Lei 8.072/90 (HC 82.959/SP, em 23/02/2006). Em seguida firmou-se na jurisprudência o entendimento de que aos crimes hediondos praticados antes da entrada em vigor da Lei 11.464/07, os requisitos para a progressão são aqueles previstos na Lei de Execuções Penais (STJ. HC 121681/MS, rel. Ministro Paulo Gallotti, DJ de 30.03.2009).

4. A admissão da progressão de regime aos crimes hediondos ou equiparados cometidos antes da entrada em vigor das Lei (sic) 11.343/06 e 11.464/07 não autoriza o entendimento de que o início do cumprimento de pena para esses crimes possa ser diverso do fechado. Apenas admite que, cumpridos os requisitos legais definidos na Lei de Execução Penal, seja deferida a progressão do regime inicial fechado para o semi-aberto e, deste para o aberto.

- Parecer pela concessão parcial da ordem, apenas para estabelecer o regime inicialmente fechado, afastando-se a vedação à progressão de regime.

Em atendimento ao r. despacho de fls. 55, foram prestadas as informações de fls. 66.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 128.291 - SP (2009/0024455-3)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : LEONEL LUCAS LUCARIELLO FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDNEI JESUS DOS SANTOS

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator): Senhora Presidente, quanto ao pedido de fixação de regime prisional menos gravoso, a impetração está prejudicada, porquanto as informações de fls. 66 dão conta de que o paciente cumpre pena em regime prisional aberto (prisão albergue domiciliar) desde 23 de novembro de 2009.

O julgamento do recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público, ao qual o Tribunal impetrado deu provimento, ocorreu em 16 de junho de 2005.

Assim, a redução de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 não poderia ter sido concedida, porque não havia previsão legal para tanto.

A matéria, portanto, não foi apreciada pelas instâncias ordinárias, circunstância que obsta o seu conhecimento por parte desta Corte, sob pena de caracterizar supressão de instância.

Veja-se:

PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO. RITO. LEI Nº 10.409/2002. NULIDADE. MATÉRIA NÃO SUSCITADA E NEM DECIDIDA NA ORIGEM. HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE.

1. Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição.

2. Se a matéria relativa à suscitada nulidade pelo não observância do rito da Lei nº 10.409/2002, para o delito de tráfico, não foi ventilada e nem decidida na origem, não merece conhecimento o writ, sob pena de supressão de instância. Precedentes da Quinta e da Sexta Turma.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 82.959-7/SP, decidiu ser inconstitucional o §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, norte que vem sendo amplamente adotado por esta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte concedido apenas para autorizar a progressão de regime, ficando a cargo do juízo das execuções a análise dos requisitos.

(HC 84878/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 23/08/2010).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não se conhece de matéria que não foi alvo de deliberação pelo Tribunal de origem, no caso, o alegado cerceamento de defesa, consistente na não realização do exame de verificação de dependência toxicológica, evitando-se assim a ocorrência de indevida supressão de instância. Precedentes.

2. In casu, não há notícias nos autos de que a defesa tenha pleiteado no curso do processo a realização do exame de dependência toxicológica, motivo pelo qual não há qualquer manifestação do Juízo Sentenciante nesse sentido, obstando, assim, o conhecimento do mandamus também pelo Tribunal a quo.

3. Writ não conhecido.

(HC 124549/SP, relator Ministro Jorge Mussi, DJe 19/04/2010).

Não conheço, pois, da impetração.

O subscritor deste, considerando preenchidos os requisitos legais, votou pela concessão de "habeas corpus", de ofício, para, aplicado à espécie o disposto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, reduzir as penas do paciente de dois terços.

É preciso compreender que o maior rigor da lei anterior ou posterior deve ser aferido no caso em concreto. Verificado que a lei posterior, embora em alguns pontos possa ser mais rigorosa, mas no ponto que interessa ao réu mais benigna, não importa que se combinem as leis.

Claro, porém, que o legislador concede o redutor de até dois terços nos termos do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, porque comina pena abstrata mínima de cinco anos, portanto mais rigorosa que a Lei n 6.368/76. Não quis o legislador conceder a redução para quem fosse condenado a três anos de reclusão, conforme a lei antiga.

Nesse ponto, gostaria de enfatizar que, se aplicássemos o redutor sobre a condenação de três anos, aliás, como na espécie, aí, sim, estaríamos pinçando as partes boas de cada lei e contrariando a vontade do legislador, que, em nenhum momento quis cominar pena de um ano de reclusão (condenação a três anos menos dois terços). Contra essa combinação é que me oponho.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta Corte já considerou possível a combinação de leis.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA DAS DISPOSIÇÕES BENIGNAS DA LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO EM FAVOR DO RECORRIDO. SÚMULA Nº 611/STF. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A apelação foi julgada quando ainda não vigia a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Ora, não tendo ocorrido o trânsito em julgado,

nada impede que esta Corte conceda habeas corpus, de ofício, em favor do réu, ora recorrido, para aplicar as disposições benignas contidas na nova lei de drogas, à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal (novatio legis in melius).

2. O Juiz da Execução Penal só pode aplicar a lei nova mais benéfica quando a decisão condenatória já transitou em julgado, sendo este o entendimento do Supremo Tribunal Federal, expresso na sua Súmula 611, inaplicável, portanto, na hipótese dos autos.

3. Dito isso, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, tendo em conta que na linha da jurisprudência da Sexta Turma desta Corte é possível a combinação das leis no tempo, sendo permitida a aplicação das disposições mais benéficas trazida pela Lei nº 11.343/06, aos crimes cometidos ainda na vigência da Lei nº 6.368/76, razão pela qual foi concedido habeas corpus em favor do recorrido.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 761984 / SP, Relator Ministro Og Fernandes, SEXTA TURMA, DJe 10/05/2010).

A doutrina não discrepa desse entendimento. Veja-se o que escreveu o grande jurista paulista José Frederico Marques, a propósito:

Dizer que o juiz está fazendo lei nova ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, ex nihilo, a regulamentação eclética que deve imperar hic et nunc. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a constituição. Se lhe está aberto escolher "todo", para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepor a pruridos de lógica formal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O paciente ostenta bons antecedentes e é primário. Não se vincula a organização criminosa, nem se dedica a atividades criminosas, pelo que, no meu modo de sentir, merecia o benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006.

P

Reduzia, pois, as penas aplicadas ao paciente de dois terços, ficando ele condenado a um ano e oito meses de reclusão e ao pagamento de cento e sessenta e oito dias-multa.

A douta maioria da Turma Julgadora, porém, adotou entendimento diverso, não conhecendo da impetração, nem concedendo, de ofício, o benefício, porque as instâncias ordinárias não se manifestaram em nenhuma ocasião a respeito e, ademais, seria subtraído do juízo da execução, competente para julgar a espécie, o conhecimento da matéria.

Em face do exposto, não conheceram da impetração, vencido parcialmente o Ministro relator, que concedia "habeas corpus", de ofício, para aplicar à espécie o redutor de pena previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 128.291 - SP (2009/0024455-3) (f)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Acompanho o Desembargador Convocado Celso Limongi no tocante ao não conhecimento da impetração, a fim de que não ocorra supressão de instância.

Contudo, entendo não ser caso de concessão da ordem de ofício, para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que a questão deve ser suscitada no Juízo das Execuções Criminais, que deverá analisar eventual preenchimento dos requisitos ensejadores da aplicação do pleiteado benefício, por ser o juízo competente para a apreciação da matéria, nos termos do enunciado da Súmula nº 611/STF.

Assim, peço vênia ao eminente Relator para divergir quanto à concessão da ordem de ofício.

À vista disso, voto pelo não conhecimento do **habeas corpus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 128.291 - SP (2009/0024455-3)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Sra. Ministra Presidente, observo, no texto do Sr. Ministro Relator, o seguinte:

Como explicar que o réu seja condenado a 3 (três) anos de reclusão por fato anterior à Lei nº 11.343, que é o mínimo (...).

E ainda:

Cometendo o crime já na vigência dessa Lei, receba outro fato idêntico, pena inferior a 3 (três) anos, por causa do benefício de 2/3.

S. Exa., nesse raciocínio, está a desconsiderar a possibilidade da aplicação da lei. Não digo nem sob o parâmetro de 5 (cinco) anos, mas a lei para os fatos antecedentes, porque se se aplicar a lei para fatos antecedentes, ele reduzirá ou com cinco ou com três.

Ocorre que, com cinco nos da Lei de 2006, sobrevém a lei que causa gravame. Se o fato é antecedente, não me imagino diante da possibilidade de projetar a aplicação de uma lei que não era vigente em detrimento, em sede penal, do paciente.

Das duas uma: ou, de ofício, considera-se a aplicação em cima do parâmetro da Lei nº 6.368/76, de 3 (três) anos, aplicando o benefício da fração que V. Exa. determinou, ou prevaleça decisão que foi tomada na divergência de denegar a ordem de ofício. Na realidade, mesmo que eu opte pela primeira hipótese, o voto já está decidido em relação à prejudicialidade.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do pedido de **habeas corpus**. Todavia, **data venia**, denego a ordem de ofício por entender que a matéria deve ser provocada e discutida no juízo das execuções.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0024455-3

HC 128.291 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50000034452 762000

EM MESA

JULGADO: 17/08/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEONEL LUCAS LUCARIELLO FILHO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : SIDNEI JESUS DOS SANTOS

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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, não conheceu do pedido de habeas corpus e, por maioria, denegou a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE). Vencido neste ponto o Sr. Ministro Relator."

Votaram com o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes.

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

Brasília, 17 de agosto de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário