



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 115.147 - SP (2008/0198661-9)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO SANCHES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HELENA ROSA ÁVILA (PRESA)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DELITO PRATICADO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FATO NARRADO NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE MENÇÃO À CAUSA DE AUMENTO NA TIPIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO NA CONDENAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (22,38G DE MACONHA). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES.

1. Não houve nulidade na inclusão, pelo acórdão condenatório, da causa de aumento prevista no art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, por ter sido o delito praticado em estabelecimento prisional (fl. 97). Conforme entendimento consolidado, o Réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da tipificação a eles atribuída. Sendo assim, no momento da condenação pode o Juiz alterar a definição jurídica dos fatos, ainda que isso importe em aplicação de pena mais gravosa.

2. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem admitido a aplicação retroativa da Lei n.º 11.343/06, na sua integralidade, desde que seja mais benéfica ao réu, diante da impossibilidade de combinação de lei anterior e posterior.

3. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no parágrafo 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Reconhecidas tais circunstâncias, é imperiosa a aplicação da minorante.

4. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

5. Na hipótese, a redução da pena no patamar máximo (2/3) se justifica na pequena quantidade de droga apreendida (22,38g de maconha), assim, o percentual de redução da pena atende à proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

6. A Lei n.º 11.464/2007, por ser mais gravosa, não pode retroagir para alcançar os delitos praticados antes de sua entrada em vigor.

7. Conforme notícia o Informativo n.º 598/STF, em sessão realizada em 12/09/2010, o Plenário da Suprema Corte, ao analisar o HC n.º 97.256/RS, relatado pelo Ministro Ayres Britto, por maioria, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4.º do art. 33, e da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", constante do art. 44, ambas da Lei n.º 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. A substituição da pena privativa de liberdade é adequada à espécie, porquanto a Paciente é tecnicamente primária, a pena-base foi fixada no mínimo legal e o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça.

9. Ordem parcialmente concedida a fim de determinar a aplicação integral da Lei n.º 11.343/2006, bem assim da minorante prevista em seu art. 33 § 4.º do mesmo dispositivo, na fração de 2/3 (dois terços), ficando a pena da Paciente quantificada em **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 193 (cento e noventa e três dias-multa)**, no valor unitário mínimo, devendo a progressão de regime observar o art. 112 da Lei n.º 7.210/84, ficando afastada a aplicação da Lei n.º 11.464/07, e para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, devendo o Juízo das Execuções estabelecê-las, nos termos do art. 44, e seguintes, do Código Penal.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 115.147 - SP (2008/0198661-9)

IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO SANCHES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HELENA ROSA ÁVILA (PRESA)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de HELENA ROSA ÁVILA, em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra o Impetrante que a ora Paciente foi absolvida em primeira instância, nos termos do art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal. Todavia, em sede de apelação, restou condenada, como incurso no art. 12, c.c. o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, às penas de 04 anos de reclusão em regime inicial fechado, e 66 dias-multa.

Seguiu-se a oposição de embargos declaratórios, visando à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, os quais foram rejeitados, tendo a decisão transitado em julgado, o que ensejou a expedição de mandado de prisão, cumprido em 11/08/2008.

No presente *writ*, alega o Impetrante, em suma, que a Paciente faz jus à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena imposta, no termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal, à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, à cassação da majorante prevista no art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76 – já que não prevista na denúncia –, como também ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e, ainda, ao direito à progressão de regime nos termos dos requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal.

Requer, assim, liminarmente, seja sustada a ordem de prisão expedida contra a Paciente até o julgamento final do presente *writ* e, no mérito, a fixação do regime aberto, a redução e a substituição das penas, além da cassação da majorante e da observância dos critérios do art. 112 da LEP, para fins de progressão de regime.

Deferida a liminar (fls. 116/117), por estarem os autos instruídos dispensou-se a requisição de informações.

O Ministério Público Federal opina pela concessão parcial da ordem (fls. 122/137).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 115.147 - SP (2008/0198661-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DELITO PRATICADO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FATO NARRADO NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE MENÇÃO À CAUSA DE AUMENTO NA TIPIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO NA CONDENAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (22,38G DE MACONHA). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES.

1. Não houve nulidade na inclusão, pelo acórdão condenatório, da causa de aumento prevista no art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, por ter sido o delito praticado em estabelecimento prisional (fl. 97). Conforme entendimento consolidado, o Réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da tipificação a eles atribuída. Sendo assim, no momento da condenação pode o Juiz alterar a definição jurídica dos fatos, ainda que isso importe em aplicação de pena mais gravosa.

2. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem admitido a aplicação retroativa da Lei n.º 11.343/06, na sua integralidade, desde que seja mais benéfica ao réu, diante da impossibilidade de combinação de lei anterior e posterior.

3. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no parágrafo 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Reconhecidas tais circunstâncias, é imperiosa a aplicação da minorante.

4. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

5. Na hipótese, a redução da pena no patamar máximo (2/3) se justifica na pequena quantidade de droga apreendida (22,38g de maconha), assim, o percentual de redução da pena atende à proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

6. A Lei n.º 11.464/2007, por ser mais gravosa, não pode retroagir para alcançar os delitos praticados antes de sua entrada em vigor.

7. Conforme notícia o Informativo n.º 598/STF, em sessão realizada em 12/09/2010, o Plenário da Suprema Corte, ao analisar o HC n.º 97.256/RS, relatado pelo Ministro Ayres Britto, por maioria, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4.º do art. 33, e da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", constante do art. 44, ambas da Lei n.º 11.343/2006.

8. A substituição da pena privativa de liberdade é adequada à espécie, porquanto a Paciente é tecnicamente primária, a pena-base foi fixada no mínimo legal e o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça.

9. Ordem parcialmente concedida a fim de determinar a aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integral da Lei n.º 11.343/2006, bem assim da minorante prevista em seu art. 33 § 4.º do mesmo dispositivo, na fração de 2/3 (dois terços), ficando a pena da Paciente quantificada em **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 193 (cento e noventa e três dias-multa)**, no valor unitário mínimo, devendo a progressão de regime observar o art. 112 da Lei n.º 7.210/84, ficando afastada a aplicação da Lei n.º 11.464/07, e para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, devendo o Juízo das Execuções estabelecê-las, nos termos do art. 44, e seguintes, do Código Penal.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Visa o Impetrante à diminuição da pena aplicada à Paciente, sustentando ser devida a extirpação da causa de aumento prevista no art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, por não ter sido inserida na denúncia e, também, mediante a incidência da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, em obediência ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Busca, também, a fixação do regime aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a observância dos critérios do art. 112 da Lei n.º 7.210/84, na progressão de regime.

Inicialmente, não houve nulidade na inclusão, pelo acórdão condenatório, da causa de aumento prevista no art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, por ter sido o delito praticado em estabelecimento prisional (fl. 97). Conforme entendimento consolidado, o Réu defende-se dos fatos narrados na denúncia e não da tipificação a eles atribuída. Sendo assim, no momento da condenação pode o Juiz alterar a definição jurídica dos fatos, ainda que isso importe em aplicação de pena mais gravosa.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA CONDENATÓRIA. EXTORSÃO QUALIFICADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONCUSSÃO. FUNDAMENTAÇÃO. SUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. EXIGÊNCIA DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.

1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal reconhecida na sentença.

2. Entretanto, o acusado se defende dos fatos que lhe são atribuídos na denúncia, de tal sorte que o magistrado não está vinculado à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificação jurídica atribuída pela acusação, tendo em vista que no momento da prolação da decisão repressiva, sem modificar a descrição dos fatos narrados na exordial, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, nos exatos termos do art. 383 do Código de Processo Penal.

3. Na hipótese vertente, não há que se falar em violação ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória, porquanto o Juízo Singular, ao proferir o édito repressivo, se ateve aos fatos narrados na exordial acusatória, sem trazer qualquer elemento novo que não constasse da peça vestibular - afastando a hipótese de *mutatio libelli* prevista no art. 384 do Código de Processo Penal -, procedendo o cotejo, ainda, das provas produzidas durante a instrução criminal, indicando precisamente os elementos em que se fundava para chegar à conclusão da condenação pelo delito de extorsão qualificada, isto é, em razão da presença da grave ameaça, ao fundamento de que os policiais - *corrés* - jogaram a vítima no chão, agredindo-a com socos e pontapés, bem como apontaram arma de fogo para a sua cabeça com o intuito de obter a indevida vantagem econômica - que seria repartida entre os agentes -, circunstâncias estas que já haviam sido devidamente descritas na referida peça vestibular.

4. Para chegar-se à solução diversa, desclassificando-se o crime para o delito de concussão, a pretexto da alegada ausência de violência ou grave ameaça exercida pelos agentes criminosos, como pretendido, seria necessário o revolvimento de todo o elenco probatório amealhado nos autos principais, o que, consoante reiteradas decisões desta Corte Superior, é vedado na via estreita do remédio constitucional.

5. *Ordem denegada.*" (HC 112.147/SP, 5ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 16/11/2010.)

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 29 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, PELA PRÁTICA DE ROUBO (POR 10 VEZES) E LATROCÍNIO (ARTS. 157, §2o., I E II, E 157, § 3o., AMBOS DO CPB). ALTERAÇÃO DA TIPIFICAÇÃO PLEITEADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS. EMENDATIO LIBELLI (ART. 383 DO CPB). NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA. ADEQUAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. O réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da classificação que faz dele o órgão acusador. Assim, deve o magistrado, no momento da sentença, corrigir e adequar a tipificação, atribuindo-lhe definição jurídica diversa, mesmo que tenha de aplicar pena mais grave. Trata-se, na hipótese, da *emendatio libelli*, previsto no art. 383 do CPP.

2. Assim, o juiz da causa pode condenar o réu por delito diverso daquele pelo qual foi denunciado, desde que haja equivalência com os fatos narrados na denúncia.

4. Observado o princípio da correlação entre acusação e sentença – um dos sustentáculos do devido processo legal, já que assegura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o direito à ampla defesa e ao contraditório –, não há falar em nulidade da sentença condenatória e, conseqüentemente, em constrangimento ilegal.

5. *Parecer do MPF pela denegação da ordem.*

6. *Ordem denegada.*" (HC 120.466/SP, 5ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJ de 02/08/2010.)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. ART. 19 DA LEI 7.492/86. PRETENSÃO DE REFORMA. CONDENAÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO-CONHECIDO.

1. *O processo e o julgamento dos fatos imputados na denúncia são da competência soberana das instâncias ordinárias.*

2. *O juiz da causa pode condenar o réu por delito diverso daquele pelo qual foi denunciado, desde que haja correlação com os fatos narrados na denúncia.*

3. *Deve o magistrado, no momento da sentença, corrigir e adequar a tipificação, atribuindo-lhe definição jurídica diversa, mesmo que tenha de aplicar pena mais grave. Trata-se, na hipótese, da emendatio libeli, prevista no art. 383 do CPP.*

4. *O pleito de condenação não comporta acolhimento por implicar o revolvimento do conjunto fático-probatório, impossível na via estreita do apelo especial, dada a vedação pela Súmula 7/STJ.*

5. *Recurso não-conhecido.*" (HC 876.896/PR, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 01/02/2010.)

No caso, o fato de que o delito teria sido praticado nas dependências de um estabelecimento penitenciário, estava expressamente descrito na exordial acusatória:

"Em 08 de janeiro de 2005, por volta das 11h30min, na penitenciária de Ribeirão Preto, nesta comarca, a denunciada foi presa em flagrante delito por agentes penitenciários, quando, após adquirir e receber de maneira escusa, trazia consigo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fim de tráfico, com fornecimento e entrega a consumo de terceiros, cerca de 22,380g (vinte e dois grama e trezentos e oitenta miligramas) da substância entorpecente Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como maconha, embalada em saco plástico branco, substância essa que causa dependência química e psíquica (cf. laudo de constatação de fl. 12).

A traficância ilícita restou evidenciada uma vez que a denunciada confessou que a droga estava no interior de sua vagina, destinava-se a seu filho, Marcos Rogério Rosa Ávila, que está cumprindo pena naquele estabelecimento prisional." (fls. 19/20)

De outra parte, o Tribunal *a quo* afastou a possibilidade de aplicação do art. 33, § 4º, com base nos seguintes fundamentos:

"(...) não há que se falar em aplicação da redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois, ao contrário do que sustenta a Defesa, a referida previsão está atrelada ao 'caput' do artigo, que prevê



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma pena-base de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, razão pela qual não há que se falar em lei mais benéfica a ser reconhecida em favor do sentenciado.

Como é sabido, não se pode fazer incidir aos fatos pretéritos apenas a inovação benéfica da nova legislação, afastando a parte prejudicial, pois, ao Juiz não cabe legislar, criando uma nova lei." (fl. 107)

Merece parcial reforma o entendimento do Tribunal de origem, apenas no que diz respeito ao caráter menos benéfico da nova Lei, uma vez que este não pode ser afirmado genericamente, mas deve ser aferido no caso concreto.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem admitido a aplicação retroativa do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, na sua integralidade, sem a combinação de lei anterior e posterior, isto é, sem a possibilidade de aplicar a minorante com a pena prevista na Lei n.º 6.368/76.

Transcrevo, na parte que interessa, a ementa proferida pela Quinta Turma dessa Corte, no julgamento do HC 83.361/MS, relatado pelo Min. Arnaldo Esteves Lima, *verbis*:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.313/06. RETROAÇÃO DA LEI PENAL NOVA MAIS BENÉFICA. INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI 8.072/90. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE DOS REQUISITOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

4. Sendo mais benéfica ao réu a norma penal deve retroagir à luz do art. 5.º, XL, da Constituição Federal (novatio legis in melius)

5. Ordem conhecida em parte, e nesta extensão, parcialmente concedida para determinar ao Juízo da Execução que analise se estão presentes os requisitos do art.33, § 4.º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, bem como as demais condições do cumprimento da pena (...)" (DJ de 22/10/2007.)

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O ACUSADO OU SENTENCIADO. AUSÊNCIA DE CONCURSO DE PESSOAS. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 41 DA LEI 11.343/06. PRIMARIEDADE, AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, parág. 4o. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Na linha da melhor hermenêutica jurídica, não se admite a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu.

3. Na hipótese, a solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2o. do CPB e 5o., XL da CF/88), sem todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado.

4. A conduta praticada pelo paciente não se subsume à prevista para a aplicação do art. 41 da Lei 11.343/06, ao contrário do que quer fazer crer o impetrante; isso porque, a previsão formulada nesse artigo traz a figura da delação premiada, somente sendo possível a sua incidência quando, na prática de qualquer dos delitos previstos na Lei 11.343/06, o agente perpetrar a conduta em concurso de pessoas, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

5. Tenho entendido que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para condenado por crime de tráfico ilícito de drogas, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente; todavia, as Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros julgados, a possibilidade dessa substituição, para delitos cometidos sob a égide da Lei 6.368/76, em vista da declaração de inconstitucionalidade do § 1o. do art. 2o. da Lei 8.072/90, para penas que não ultrapassem 4 anos. Ressalva do ponto de vista do Relator.

6. Concede-se parcialmente a ordem, mas apenas para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer o paciente, bem como para reconhecer ao paciente o direito à substituição da pena por restritiva de direitos, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário." (HC 99.422/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 22/09/2008.)

Vedada a aplicação parcial do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, resta saber qual das normas é a mais favorável à Ré, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A lei antiga comina pena mínima de 03 anos de reclusão (art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76), enquanto a nova prevê 05 anos de reclusão (art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06), denotando, *prima facie*, ser mais gravosa e, por conseguinte, inaplicável aos fatos anteriores.

Não obstante, a alteração do sistema introduzido com a novel legislação, a par de dispensar tratamento mais rigoroso ao traficante, com a elevação das penas mínimas, possibilitou ao magistrado o abrandamento do rigorismo, instituindo causa de diminuição de 1/6 a 2/3 (§ 4.º do mesmo art. 33), em se tratando de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, o que traria a pena, se fixada no mínimo e sem acréscimos, para o patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo utilizada a redução máxima de 2/3.

Assim, encaixando-se a hipótese no disposto no § 4.º do citado artigo – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos pode reduzir-se para menos de 03 anos, a depender da fração redutora, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.

No caso, o Tribunal *a quo*, soberano na análise das provas, em nenhum momento afirmou que a Paciente se dedicava à atividade criminosa ou que integrava organização criminosa. Não há dúvida sobre sua primariedade e não possui ela maus antecedentes.

Por sua vez, o art. 42 da Lei n.º 11.343/06 é expresso no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, **a natureza e a quantidade da substância ou do produto**" (grifei).

Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base como para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Antidrogas, de modo adequado.

Nesse diapasão:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA FIXADA PRÓXIMO AO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O legislador ordinário definiu, para a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a possibilidade de redução da reprimenda no intervalo de 1/6 a 2/3, desde que "o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa".

2. Cabe ao julgador, dentro de seu livre convencimento motivado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atendendo-se ao disposto no art. 93, IX, da CF/88, sopesar o percentual a ser reduzido, podendo utilizar-se, para tanto, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, tendo como preponderantes a natureza da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06.

3. O juiz pode livremente escolher a quantidade da redução a ser aplicada (de 1/6 a 2/3), não estando obrigado a vincular esse percentual à quantidade da pena-base fixada na sentença, desde que apresente adequada motivação.

4. Não há falar em inversa proporcionalidade entre a fixação da reprimenda básica e o percentual utilizado para a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

5. Ordem parcialmente concedida para determinar que o Tribunal de origem fundamente a aplicação do percentual de 1/6." (HC 128.093/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 18/05/2009 - grifei.)

Por outro lado, merece reparos a conclusão explicitada no acórdão recorrido, no sentido de que o regime fechado deve observar o disposto na Lei n.º 11.464/07 (fl. 98) pois, em razão da declaração de inconstitucionalidade do óbice à progressão de regime prisional aos condenados pela prática dos delitos elencados na Lei n.º 8.072/90, passou-se a aplicar o art. 112 da Lei n.º 7.210/84 (LEP), que prevê a possibilidade de progressão de regime após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

Posteriormente, a Lei n.º 11.464/07, afastando do ordenamento jurídico o regime integral fechado imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurou-lhes a progressão de regime prisional após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente.

Assim, por ser mais gravosa, não pode retroagir para alcançar os delitos praticados antes de sua entrada em vigor. No caso, a prática delitiva ocorreu em data anterior à promulgação da Lei n.º 11.464/07.

Sobre o tema:

"CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROGRESSÃO DE REGIME. LEI N.º 11.464/2007. LAPSO TEMPORAL DE 2/5 DA PENA. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. APLICAÇÃO RESTRITA AOS DELITOS COMETIDOS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI. PRAZO DE 1/6 QUE DEVE SER MANTIDO. ORDEM CONCEDIDA.

1- A Lei n.º 11.464/2007, apesar de ter modificado o regime prisional dos condenados por delitos hediondos para o inicialmente fechado, somente permitiu a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 do total da pena, em caso de apenado primário, e de 3/5, quando reincidente.

2- Tratando-se de novatio legis in pejus, uma vez que houve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majoração do prazo legal de cumprimento de pena para a obtenção da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, a sua imediata aplicação configura ofensa ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal.

3- A inovação prejudicial não pode retroagir, devendo ser aplicada somente aos crimes cometidos após a vigência da nova lei.

4- Deve ser mantida a exigência de cumprimento de 1/6 de pena pelos condenados por crimes hediondos ocorridos anteriormente à Lei n.º 11.464/2007, nos termos disposto no art. 112 da Lei de Execuções Penais.

5- Ordem concedida, para que o Juízo das Execuções Penais analise, de acordo com os preceitos da Lei de Execuções Penais, o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos pelo paciente, para a obtenção da progressão de regime." (HC 84.793/MS, 5.ª Turma, Rel. JANE SILVA - Desembargadora convocada do TJ/MG, DJ de 17/09/2007.)

"HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. CRIME HEDIONDO. RÉU BENEFICIADO COM A PROGRESSÃO DE REGIME PELO JUIZ DA VEC. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 2.º, § 2.º DA LEI 11.464/07 PELO TRIBUNAL A QUO. EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE 2/5 DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. Concedida a progressão para o regime semi-aberto pelo Juiz da VEC, ao fundamento do preenchimento dos requisitos objetivos (1/6 da pena cumprida) e subjetivos (bom comportamento carcerário), constitui constrangimento ilegal a aplicação retroativa do art. 2.º, § 2.º da Lei 11.464/07 (que passou a exigir o cumprimento de 2/5 da pena para o réu primário e 3/5 para o reincidente), por ser norma mais gravosa ao paciente. Precedentes do STJ.

2. Ordem concedida, para restabelecer a decisão do Juiz da Vara das Execuções Criminais que deferiu a progressão de regime ao paciente, nos termos do parecer do MPF." (HC 84.230/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJ de 24/09/2007.)

Passa-se ao redimensionamento da pena.

Na hipótese dos autos, consoante reconheceram as instâncias ordinárias, foram apreendidos 22,38 g (vinte e dois gramas e trinta e oito centigramas) de "maconha". Nesse contexto, em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, deve ser aplicada a diminuição no seu patamar máximo, pelo que fica a sua reprimenda quantificada, provisoriamente, em 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Em razão da causa de aumento (reproduzida no art. 40, inciso III, da novel legislação), majoro a reprimenda no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), segundo o parâmetro estabelecido no acórdão impetrado, tornando-a definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 193 (cento e noventa e três) dias-multa, no valor unitário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo.

Quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, há que ressaltar recente julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Em sessão realizada em 12/09/2010, o Plenário da Suprema Corte, ao analisar o HC n.º 97.256/RS, de relatoria do Min. Ayres Britto, por maioria, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4.º do art. 33, e da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", constante do art. 44, ambas da Lei n.º 11.343/2006. Por oportuno, colho excerto da notícia veiculada no Informativo n.º 598/STF:

"Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente habeas corpus e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos', contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de writ, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas ('Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 111, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos'). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional - v. Informativos 560, 579 e 597. Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convolação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Carmen Lucia, Ellen Gracie e Marco Aurelio que indeferiam o habeas corpus." (HC 97.256/RS, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, 1.º/09/2010).

Assim, ante a redução decorrente da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, e tendo em vista a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4.º do art. 33, e da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", constante do art. 44, ambas da Lei n.º 11.343/2006, é o caso de verificar, na hipótese em tela, o preenchimento dos requisitos do art. 44, do Código Penal, pela Paciente.

Quanto à possibilidade de substituição da pena, considerando-se os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos no art. 44, do Código Penal – a quantidade da pena privativa de liberdade (1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão), o fato de o crime em comento não ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a ausência de reincidência, bem como as circunstâncias judiciais favoráveis da Paciente –, verifica-se a possibilidade de concessão do benefício.

Ilustrativamente:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 10, CAPUT, DA LEI N.º 9.437/97. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. AÇÕES PENAIS EM CURSO QUE NÃO PODEM SER CONSIDERADOS COMO MAUS ANTECEDENTES.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 44 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (Precedentes).

II - Estabelecida a pena-base no mínimo legal, não pode ser o benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos negado somente pelo fato de o paciente responder a outros processos (Precedentes).

[...] Writ concedido para determinar que o e. Tribunal a quo fixe as condições que entender de direito para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos." (HC 102270/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 01/09/2008.)

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem a fim de determinar a aplicação integral da Lei n.º 11.343/2006, bem assim da minorante prevista em seu art. 33 § 4.º do mesmo dispositivo, na fração de 2/3 (dois terços), ficando a pena da Paciente quantificada em **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 193 (cento e noventa e três dias-multa)**, no valor unitário mínimo, devendo a progressão de regime observar o art. 112 da Lei n.º 7.210/84, ficando afastada a aplicação da Lei n.º 11.464/07 e para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, devendo o Juízo das Execuções estabelecê-las, nos termos do art. 44, e seguintes, do Código Penal.

É como voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0198661-9

HC 115.147 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 722005 9283503

EM MESA

JULGADO: 16/12/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO SANCHES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HELENA ROSA ÁVILA (PRESA)

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de dezembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário