



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 113.451 - RS (2008/0179663-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : PAULO ROBERTO BINOTTI DE SOUZA E OUTRO
ADVOGADO : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRAO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PAULO ROBERTO BINOTTI DE SOUZA
PACIENTE : REINALDO LANGARO BALOTIN

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NA LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA.

1. Na linha do entendimento prevalente na Sexta Turma desta Corte, em observância ao princípio constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica, é possível a aplicação retroativa da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 aos crimes cometidos na vigência da Lei nº 6.368/76.

2. Considerando o preenchimento dos requisitos legais; a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis; e a apreensão de pequena quantidade de entorpecente - aproximadamente 11 g de maconha - é viável a incidência da redutora no patamar máximo.

3. Ordem concedida para, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduzir as penas recaídas sobre os pacientes, fixando-as, definitivamente, em 1 (um) ano de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa.

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 maioria, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Og Fernandes, que lavrará o acórdão. Vencidos a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), que a denegavam. Votaram com o Sr. Ministro Og Fernandes os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 113.451 - RS (2008/0179663-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : PAULO ROBERTO BINOTTI DE SOUZA E OUTRO
ADVOGADO : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRAO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PAULO ROBERTO BINOTTI DE SOUZA
PACIENTE : REINALDO LANGARO BALOTIN

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* sem pedido liminar, em favor de PAULO ROBERTO BINOTTI DE SOUZA e REINALDO LANGARO BALOTTIN, impugnando acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes n.º 70023529910).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática da conduta ilícita descrita no artigo 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal Estadual negou provimento em acórdão assim ementado (fl. 45):

"APELAÇÕES-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA.

A materialidade restou consubstanciada pelo auto de apreensão, laudo toxicológico e pela prova oral colhida. A autoria, por outro lado, também é inconteste e embora negada pelos acusados, veio comprovada pelas provas colhidas. Os depoimentos dos pais do usuário, alegando que viram o exato momento em que seu filho comprava substância entorpecente dos acusados, associados à apreensão da droga deixaram clara a prática de tráfico ilícito de entorpecentes.

PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR ALTERNATIVAS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 6.368/76. IMPOSSIBILIDADE.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque as penas alternativas não se compatibilizam com a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, tanto que boa parcela da jurisprudência já afastava a possibilidade de substituição da pena carcerária por restritivas em condenações por tráfico de drogas relativas à Lei 6.368/76. Confirmando esse entendimento, na Nova Lei de Drogas (art. 33, § 4.º da Lei 11.343/06) há expressa vedação da possibilidade de substituição.

Apelos improvidos, por maioria."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foram, então, interpostos embargos infringentes, buscando a aplicação da causa de redução da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06. O Tribunal *a quo* rejeitou os embargos pelos seguintes fundamentos (fls. 96/97):

"Este Colendo Grupo Criminal, em mais de uma oportunidade, já se manifestou sobre a matéria. Observe-se:

(...)

Das lições de Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez (Direito Penal - Parte Geral, Editora Saraiva, 2004, pág. 195) retiro, ainda, a seguinte passagem:

'2.6. Combinação e complexidade de leis

Pode acontecer que a lei nova seja complexa (...), ou seja, a lei nova seja mais severa que a antiga em certo ponto e mais doce em outro. Pode, nesse caso, dar-se a combinação de leis?

Entendemos não ser possível, uma vez que, ao dividir a norma para aplicar somente a parte mais benéfica, estar-se-ia criando uma terceira regra.

Nélson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso também entendem não ser possível a combinação de lei anterior e posterior para efeito de extrair de cada uma delas as partes mais benignas ao agente, porque, nesse caso, o juiz estaria legislando.

(...)'

Com essas considerações, desacolho os embargos infringentes."

Neste *writ*, alega o impetrante que os pacientes sofrem constrangimento ilegal em decorrência do óbice imposto à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que os fatos imputados a eles foram praticados sob a égide da Lei n.º 6368/76.

Aduz, dessa forma, que tal impedimento ofende o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Afirma que "sendo a minorante prevista (...) mais benéfica aos réus, por conduzir a pena a quem daquela imposta na sentença, ela deve ter incidência retroativa" (fl. 6).

Requer seja cassado o acórdão objurgado, com a consequente aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06.

Proferi despacho (fls. 120/121) solicitando informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 130/240.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Ela de Castilho (fls. 242/243), pela concessão da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 113.451 - RS (2008/0179663-7)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A princípio, insta salientar que este *mandamus* foi a mim atribuído por prevenção ao HC n.º 101.826/RS, impetrado também em favor dos ora pacientes, no qual foi concedida a ordem para substituir as penas privativas de liberdade impostas por duas restritivas de direitos. Passa-se, então, à análise da questão posta na presente impetração.

No que se refere à aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, entendo, em sentido isolado ao que se tem firmado até então nesta Turma, que o dispositivo em questão deva ser aplicado em sua inteireza, não se podendo pinçar apenas a diminuição da pena e ainda substituir a reprimenda por pena restritiva de direitos, pois isso violaria a sistemática interna proposta pelo legislador que apenas previu a diminuição porque vedou a substituição da pena, não se podendo, a meu ver, promover simplesmente a desconstituição do dispositivo.

Coisa diversa é admitir a incidência de circunstâncias da nova lei mais favoráveis ao paciente, criando-se uma terceira lei mais benéfica, mista, que reúna dispositivos de ambas as leis. No caso em questão, trata-se de desconfigurar os termos de um mesmo e único dispositivo, o que, segundo meu entendimento extrapola a função judicial, imiscuindo-se o julgador na tarefa legislativa, ao rechaçar uma opção política, desestabilizando o equilíbrio entre os Poderes do Estado.

Ora, de acordo com a convicção firmada por esta Ministra, é certo que de forma minoritária na Sexta Turma, não é dado ao Poder Judiciário ingressar em seara própria do Poder Legislativo. Isso porque, se prestigiada a tese ora agitada, estar-se-ia a congregar preceitos mais favoráveis de duas leis distintas, dando azo à criação de uma terceira - híbrida e anômala - norma. Lembre-se, a propósito, a lição do Ministro da Suprema Corte argentina EUGENIO RAÚL ZAFFARONI:

"Ante a complexidade dos elementos que podem ser tomados em consideração para determinar qual é a lei penal mais benigna, não é possível fazê-lo em abstrato, e sim frente ao caso concreto. Dessa maneira, resolve-se o caso hipoteticamente conforme uma e outra lei, comparando-se em seguida as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor. Nessa tarefa devem-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei inexistente criada unicamente pelo intérprete." (*Manual de Direito Penal brasileiro*. 2ª ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 228 e 229).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É ainda digno de nota o seguinte aspecto dogmático. O parágrafo quarto do artigo 33 traz uma norma una, porém complexa. Daí a indissociabilidade de seus comandos internos e justapostos. Um fato ninguém ignora: a *mens legis* da nova Lei de Drogas não foi suavizar o tratamento daqueles que resolvem traficar. Muito pelo contrário, até mesmo levando em considerações as demandas sociais diante do tema. Por outro vértice, trouxe uma disciplina escalonada. Para aqueles que se envolvem, fundamente, em tal universo delitivo, a pena foi bastante exacerbada. Já no tocante àqueles que debutam na seara, passou-se a cominar resposta penal menos severa, mas não em termos absolutos. Com uma mão o legislador atribuiu uma menor sanção, e, com a outra, vedou a substituição. Assim, como se trata de uma norma única, dotada de aspectos parcelares, jungidos estrutural e teleologicamente, deve ela ser interpretada/aplicada respeitando-se esta condição de unicidade. São, pois, faces inseparáveis da mesma moeda.

Pode-se, ainda, pontuar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já se orientou contrariamente ao "coquetel de normas" em termos de estabelecimento dos termos da *lex mitior*. Confira-se, então, o seguinte comando do Código Penal Militar:

"Lei supressiva de incriminação

Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

Retroatividade de lei mais benigna

1º A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevivido sentença condenatória irrecorrível.

Apuração da maior benignidade

2º Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato. (destaquei)."

De mais a mais, no meu sentir, a Lei n.º 6.368/76, por franquear a substituição da pena é, sim, mais benéfica que a Lei n.º 11.343/06. Melhor ao paciente seria aplicar, portanto, neste ponto específico, a Lei n.º 6.368/76, o que viabilizaria a substituição da pena, que seria mais benéfica do que a simples redução da pena.

Sob a égide da antiga Lei de Tóxicos já se havia firmado o entendimento acerca da possibilidade de substituição da pena no crime de tráfico, diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DELITO PRATICADO ANTES DE ENTRAR EM VIGOR A LEI N.º 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O único óbice à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados residia no caráter especial dos rigores do revogado regime integral fechado.

2. Não obstante o art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 vedar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, tal norma não pode ser aplicada ao presente caso, pois o delito atribuído aos ora Pacientes foi praticado antes da vigência da nova Lei de Tóxicos.

3. Inexiste qualquer empecilho legal quanto à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

4. Ordem concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos autorizadores da concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Por se encontrar em idêntica situação processual à dos ora Pacientes, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos da ordem concedida ao co-réu Cleison de Souza Medeiros." (STJ, Quinta Turma, HC 79232/RO, Relatora Ministra LAURITA VAZ, j. 26/02/2008, DJ de 24.03.2008, p. 1)

"HABEAS CORPUS - PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - DIMINUIÇÃO DE PENA DA LEI NOVA - APLICAÇÃO RETROATIVA - POSSIBILIDADE. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADA - FIXAÇÃO PELO JUIZ DA EXECUÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - POSSIBILIDADE - ESCOLHA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA E CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1- É aplicável retroativamente, nos termos do disposto na Constituição da República e no Código Penal, a norma penal benéfica, mesmo em caso de sentença transitada em julgado.

2- Ante a declaração da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado pelo Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena para condenados por crimes hediondos ou assemelhados deve ser feito levando-se em conta os requisitos do artigo 33 do Código Penal, sendo perfeitamente cabível, portanto, o aberto, desde que favorável o exame das circunstâncias judiciais referentes ao agente. Precedentes da 5ª Turma do STJ.

3- A substituição da pena privativa de liberdade imposta a traficantes de drogas condenados sob a égide da antiga Lei Antidrogas é possível, salvo se a quantidade da pena imposta não o permitir ou se for desfavorável o exame das circunstâncias judiciais referentes ao agente. Precedentes do STF.

4- Ordem parcialmente concedida e concedida de ofício." (STJ, Quinta Turma, HC 92272/RJ, Relatora Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j. 08/11/2007, DJ de 26.11.2007, p. 228)

"RECURSO ESPECIAL - TRÁFICO DE DROGAS - SUBSTITUIÇÃO DA PENA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA - EXAME FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STF - RECURSO PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1- Admite-se, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos crimes de tráfico praticados sob a égide da Lei 6.368/1976, exigindo-se, entretanto, análise favorável de todas as circunstâncias judiciais mencionadas no inciso III do artigo 44 do Código Penal.

2- Recurso provido para possibilitar a substituição da reprimenda nos moldes da sentença de 1º Grau." (STJ, Quinta Turma, REsp 963011/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relatora p/ Acórdão Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j. 08/11/2007, DJ de 03.12.2007, p. 361)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 12, *CAPUT*, C/C ART. 18, III, DA LEI 6.368/76. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF. CAUSA DE AUMENTO DA ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO. LEI Nº 11.343/2006. *NOVATIO LEGIS IN MELLIOUS*.

I - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes).

II - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

III - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos.

IV - Tendo em vista o entendimento acima, 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.

V - A Lei nº 11.343/2006 (nova Lei de Drogas), a par de ter revogado as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/2002, não prevê, como causa de aumento de pena, a associação eventual para o tráfico. Assim, verificada a *novatio legis in mellius*, é de ser afastada a aplicação, na hipótese, do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76.

Writ concedido. *Habeas corpus* concedido de ofício." (STJ, Quinta Turma, HC 88567 / BA, Relator Ministro FELIX FISCHER, j. 08/11/2007, DJ de 17.12.2007, p. 272)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema:

"PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS PRESENTES. SUPERAÇÃO DO ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90, QUANTO AO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO. ORDEM CONCEDIDA.

I - A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, observados os seus pressupostos de incidência.

II - A regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.071/90, pode ser superada quando inexistir impedimento à substituição.

III - Ordem concedida." (STF, Primeira Turma, HC 88879/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 02/03/2007, p. 653.)

"I. *Habeas corpus*: deficiência da fundamentação: indeferimento. II. Sentença condenatória por tráfico de entorpecentes. Pena privativa de liberdade: cabimento da substituição por restritiva de direitos, na condenação por fato ocorrido na vigência da L. 6.368/76: inadmissibilidade da aplicação retroativa de lei penal posterior mais gravosa (CF/88, art. 5º, XL). III. *Habeas corpus*: deferimento, de ofício, para anular o acórdão da apelação no ponto em que indeferiu a substituição da pena privativa de liberdade, devendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prosseguir no julgamento da apelação, analisando, como entender de direito, a presença dos requisitos para a substituição contidos no art. 44 do C. Penal." (STF, Primeira Turma, HC 91600/RS, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 07/08/2007, DJ de 06.09.2007, p. 40.)

"PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. LEI 6.368/76. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PRESENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, ocorrido sob a égide da Lei 6.368/76, desde que observados os requisitos objetivos e subjetivos, no caso concreto. Precedente. 2. Ordem concedida." (STF, Segunda Turma, HC 84715/ SP, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 08/05/2007, DJ de 29.06.2007, p. 143.)

Da mesma forma, a Lei n.º 11.464/2007, que 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. São nesse sentido os precedentes desta Corte :

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, 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, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.º, 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 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) O

Assim, tendo sido cometido o crime em 13.10.05, quando ainda em vigor a Lei n.º 6.368/76, a decisão deve, *in casu*, pautar-se pela disciplina anterior, tanto com relação ao regime prisional quanto com a possibilidade de substituição da pena.

Entretanto, observa-se que no HC n.º 101.826/RS, de minha relatoria, foi concedida a ordem, em 23.5.08, para substituir as reprimendas dos ora pacientes por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, com base no tempo de pena que ainda resta a ser cumprido, já que presentes os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para tanto, devendo o juízo das execuções criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover a execução das mesmas.

Dessarte, somente restou a ser concedida no presente *writ* a alteração do regime prisional, visto o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **denego** a ordem. Contudo, **concedo *habeas corpus de ofício***, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento das penas reclusivas.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 113.451 - RS (2008/0179663-7)

VOTO-VENCEDOR

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: A questão veiculada no **habeas corpus** diz respeito à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 aos crimes cometidos ainda na vigência da Lei nº 6.368/76.

A Eminente Relatora, mantendo seu entendimento já esposado em oportunidades anteriores, entende que descabe a conjugação das leis em questão, sob pena de criar uma terceira norma.

Contudo, ousou divergir, reafirmando a orientação, hoje prevalente nesta Sexta Turma, no sentido de que, em atenção ao princípio constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica, é possível a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 aos crimes cometidos na lei anterior.

A esse respeito, vejam-se estes julgados:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. CABIMENTO. CRIME COMETIDO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07.

1. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que as disposições benignas contidas na Lei nº 11.343/06, incluindo o disposto no seu art. 33, § 4º, se aplicam aos crimes cometidos na vigência da Lei nº 6.368/76, nos casos em que o réu for primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

2. Preenchidos os requisitos legais, e não havendo particularidades a ensejar a adoção de percentual diverso, deve ser aplicada a causa de diminuição da pena no patamar máximo (dois terços).

3. Tendo o crime sido cometido antes da entrada em vigor das Leis nos 11.343/06 e 11.464/07, não incide a vedação à substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, assim como também se permite a fixação de regime prisional diverso do fechado para o início de cumprimento da privativa de liberdade.

4. No caso, a paciente é primária, a pena-base foi fixada no mínimo legal – 3 (três) anos –, impõem-se a fixação do regime aberto e a substituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da sanção corporal.

5. Ordem concedida. (HC 129549/SP, de minha relatoria, DJ de 26.10.09)

A Sexta Turma desta Corte, por maioria de votos, tem reiteradamente proclamado que o artigo 33, § 4º, f da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, por se tratar de norma de direito material, sem previsão na legislação anterior, que beneficia o réu dada a possibilidade de redução da pena, deve ser aplicado retroativamente, preenchidos pelo agente os requisitos ali previstos, não obstante haja a necessidade de se combinar dispositivos de leis distintas, incidindo, desse modo, sobre a sanção cominada na Lei 6.368/1976. (HC nº 92.905/AC, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ e de 28.10.08)

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6.368/76 com o § 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto. (HC nº 102.512/SP, Relatora Desembargadora Convocada Jane Silva, DJ e de 30.6.08)

No caso concreto, vê-se que a pena-base foi fixada no patamar mínimo – 3 (três) anos –, o que implica dizer: trata-se de pacientes primários e com bons antecedentes, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis. Não vejo, pois, óbice ao deferimento do pedido.

Dito isso, as penas devem ser redimensionadas, o que passo a fazer desde já: assim como se fez nas instâncias ordinárias, fixo a pena-base no mínimo legal, a saber, 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa. Não há agravantes ou atenuantes. Não há causas de aumento. Em razão da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduzo-as em 2/3 (dois terços), alcançando 1 (um) ano de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como já realçado pela Cultra Relatora, em impetração anterior (**Habeas Corpus** nº 101.826/RS) já se havia deferido a substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Sobre o regime prisional, ponho-me em compasso com a Relatora, por entender ser possível o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade.

À vista do exposto, concedo a ordem para, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduzir as penas recaídas sobre os pacientes, fixando-as, definitivamente, em 1 (um) ano de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0179663-7

HC 113451 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20600010143 5720600010143 70022159677 70023529910

EM MESA

JULGADO: 11/12/2009

Relatora

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

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUZA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: PAULO ROBERTO BINOTTI DE SOUZA E OUTRO
ADVOGADO	: CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRAO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: PAULO ROBERTO BINOTTI DE SOUZA
PACIENTE	: REINALDO LANGARO BALOTIN

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

"A Turma, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Og Fernandes, que lavrará o acórdão. Vencidos a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), que a denegavam."

Votaram com o Sr. Ministro Og Fernandes os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 11 de dezembro de 2009

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário