



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 148.229 - SP (2009/0185387-2)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : LUIZ IGNÁCIO FRANK DE ABREU
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHELLE CABRAL DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 1/6. FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CARACTERIZADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO STF. IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.464/07. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 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. O juiz pode livremente escolher a quantidade da redução a ser aplicada (de 1/6 a 2/3), desde que apresente motivação adequada.
3. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959/SP, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos e equiparados.
4. No caso em exame, verifica-se que o fato delituoso que culminou na condenação do paciente é anterior à Lei 11.464/07. Portanto, em observância ao princípio da irretroatividade *in pejus*, a aplicação de lei penal posterior só deve ocorrer quando for em benefício do réu.
5. Nos termos do art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal, o condenado não-reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.
6. Presentes os requisitos do art. 44 do estatuto repressivo, impõe-se o reconhecimento do direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que o delito foi praticado ainda na vigência da Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/06, que, em seu art. 44, veda expressamente o benefício em questão.
7. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da condenação imposta à paciente e, ainda, para conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2010(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 148.229 - SP (2009/0185387-2)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : LUIZ IGNÁCIO FRANK DE ABREU
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHELLE CABRAL DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MICHELLE CABRAL DE OLIVEIRA.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime fechado, e ao pagamento de 46 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76.

Insurge-se o impetrante contra acórdão da Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo manejado pela defesa.

Assevera, inicialmente, que, reconhecido o direito à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, deve ser aplicado o redutor máximo, uma vez que a paciente é primária, não possui maus antecedentes, tampouco se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Alega, ainda, que, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade da imposição do regime integralmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a aplicação retroativa da Lei 11.464/07 configura constrangimento ilegal, por ser mais gravosa.

Pugna, assim, pela fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi por mim indeferido (fl. 39).

As informações solicitadas foram devidamente prestadas às fls. 44/45.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República ZÉLIA OLIVEIRA GOMES, opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 83/91).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 148.229 - SP (2009/0185387-2)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 1/6. FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CARACTERIZADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO STF. IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.464/07. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 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. O juiz pode livremente escolher a quantidade da redução a ser aplicada (de 1/6 a 2/3), desde que apresente motivação adequada.
3. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959/SP, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos e equiparados.
4. No caso em exame, verifica-se que o fato delituoso que culminou na condenação do paciente é anterior à Lei 11.464/07. Portanto, em observância ao princípio da irretroatividade *in pejus*, a aplicação de lei penal posterior só deve ocorrer quando for em benefício do réu.
5. Nos termos do art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal, o condenado não-reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.
6. Presentes os requisitos do art. 44 do estatuto repressivo, impõe-se o reconhecimento do direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que o delito foi praticado ainda na vigência da Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/06, que, em seu art. 44, veda expressamente o benefício em questão.
7. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da condenação imposta à paciente e, ainda, para conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Consta dos autos que a paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, além do pagamento de 46 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/76, tendo a sentença reconhecido a incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, no percentual de 1/6 (fls. 12/25).

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou-lhe provimento.

Ainda inconformada, a defesa opôs embargos de declaração, questionando a manutenção do percentual mínimo previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e pleiteando, por conseguinte, a aplicação do redutor no máximo legal previsto (2/3). A Corte Estadual acolheu os embargos, mantendo, contudo, o acórdão impugnado, pelos seguintes fundamentos:

Quando o legislador enumerou os requisitos para a concessão do benefício deixou claro que se o réu preencher todos os requisitos tem direito à redução.

Nesse diapasão, deixou ao critério do magistrado a avaliação do *quantum* aplicar a redução.

Se a intenção do legislador fosse a redução máxima de 2/3 tendo preenchido os requisitos teria dito claramente. Mas, ao dizer que "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços", deixou ao livre arbítrio do Juiz.

Assim, necessário se faz avaliar a conduta da embargante para a quantificação da fração a ser aplicada, levando-se em conta as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, em especial o artigo 42 da Nova Lei de Drogas.

Dentro desse parâmetro, é possível avaliar o tipo de entorpecente encontrado a indicar o grau de nocividade para a saúde pública, encontrando correlação ao indicador das consequências do crime. Além da quantidade de entorpecente e os apetrechos encontrados na residência da embargante, indicam o grau de envolvimento do infrator no comércio, pontando a medida de sua personalidade perigosa.

Nesse sentido:

.....
.....

Se tal droga entrasse em circulação, certamente destruiria a vida de muitos jovens e suas respectivas famílias, devendo se ater o julgador ao rigor da lei, com aplicação da menor fração na diminuição da pena.

Nem se argumente que a maconha seja uma droga leve e por isso deva o réu ter uma pena menor, pois faz parte do rol de substâncias que levam à dependência física ou psíquica, além de ser caminho para o consumo de drogas mais fortes e como dito, não pode ser considerado pouco o encontro de 85,56g dessa droga, além das balanças de precisão encontradas na casa da embargante a indicar o grau de reprovabilidade da conduta.

Nesse diapasão, acolho os embargos, sanando omissão existente, mas mantenho a decisão.

De início, vale frisar que o *habeas corpus*, via de regra, constitui-se em meio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impróprio para o reexame da dosimetria da pena fixada, visto que não comporta a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos.

Todavia, em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça admite reanalisar a resposta penal que se mostre, inequivocamente, ofensiva aos critérios legais (arts. 59 e 68 do Código Penal). Não se trata, aqui, de reavaliar a justiça da decisão, mas sim de reconhecer a ilegalidade decorrente da ausência de fundamentação ou de flagrante erro de técnica emanado da sentença.

No caso, a pretensão não prospera.

Senão vejamos.

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".

Assim, cabe ao julgador, dentro de seu livre convencimento motivado, 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.

Exige-se, portanto, que o magistrado fundamente o *quantum* da redução, atendendo-se, assim, ao princípio contido no art. 93, IX, da CF/88, segundo o qual todas as decisões judiciais serão motivadas, sob pena de nulidade.

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

O que se exige, conforme já mencionado, é a indispensável motivação das decisões judiciais, podendo o magistrado se utilizar das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, com preponderância, no caso do delito de tráfico de entorpecentes, da previsão contida no art. 42 da Lei 11.343/06.

Nesse sentido, a Sexta Turma desta Corte, ao apreciar o HC 95.577/MS, concluiu:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRESENÇA DE ATENUANTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A aplicação da redução referente à causa de diminuição de pena decorrente do homicídio privilegiado não guarda relação com as circunstâncias judiciais.

2. Em homenagem ao princípio do livre convencimento, o patamar de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redução fica a cargo do Juiz sentenciante. Entretanto a escolha do quantum da diminuição deve ser devidamente fundamentado.

3. No caso presente, o Magistrado aplicou a causa de diminuição no patamar mínimo (1/6) sem, contudo, fundamentar tal escolha, o que configura constrangimento ilegal.

.....
5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena recaída sobre o paciente com base na aplicação de 1/3 (um terço) da causa de diminuição decorrente da privilegiadora. (HC 95.577/MS, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 9/12/08)

No caso dos autos, o acórdão encontra-se devidamente fundamentado, ressaltando a maior reprovabilidade da conduta, dada a quantidade de droga apreendida e os artefatos de manuseio da droga encontrados na residência da ré.

De outro lado, melhor sorte socorre a paciente.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.959/SP, declarou a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, remetendo, assim, para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos.

Destarte, como a Lei 11.464/07 é posterior ao fato delituoso que culminou na condenação da paciente e em observância ao princípio da irretroatividade *in pejus*, sua aplicação, ao caso concreto, não se mostra apropriada. Nesse sentido: HC 66.604/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJ de 10/9/07; HC 84.793/MS, Rel. Min. JANE SILVA, Desembargadora Convocada, Quinta Turma, DJ de 17/9/07.

Na hipótese, tendo o acórdão ora impugnado reconhecido como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, enfatizando inclusive que a ré é primária, entendo caracterizado o alegado constrangimento ilegal, tanto no que se refere ao regime carcerário fixado quanto à negativa de aplicação do art. 44 do Código Penal na hipótese retratada nos autos, já que o delito foi praticado ainda na vigência da Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/06, que, em seu art. 44, veda expressamente a substituição da pena carcerária pela restritiva de direitos.

Com efeito, nos termos do art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal, o condenado não-reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. De outro lado, prescreve o § 3º que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Dessa forma, como cediço, o julgador possui certa discricionariedade na fixação do regime carcerário, podendo optar pelo mais gravoso do que recomenda o § 2º do art. 33 do estatuto repressivo, quando, amparado em motivos de fato e de direito, demonstrar a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP).

Destarte, considerando a pena aplicada, óbice ao regime aberto haveria se as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais fossem desfavoráveis e/ou se a ré fosse reincidente, não bastando para justificar a imposição de regime mais gravoso a referência à gravidade em abstrato do delito.

Aliás, esta Corte Superior, reiteradamente, tem-se manifestado no sentido de que, "Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto" (HC 35.206/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 8/11/04), implicando "contradição fixar-se a pena-base no mínimo legal, diante da ausência de motivos para a sua exasperação, e, posteriormente, com base em circunstâncias não consideradas na primeira fase da aplicação da pena, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal" (HC 35.032/SP, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ de 14/3/05).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, encerrou qualquer discussão sobre o assunto com a edição da Súmula 718, segundo a qual "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada", e da Súmula 719, por meio da qual consignou que "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Do mesmo modo, consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis e atendidos os demais requisitos do art. 44 do Código Penal, deve-se reconhecer o direito da paciente à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No mesmo sentido, vale conferir os seguintes precedentes desta Corte: HC 50.201/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 10/4/06; HC 46.861/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 22/5/06.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem para fixar o regime aberto para o cumprimento da condenação imposta à paciente e, ainda, para conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0185387-2

HC 148229 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2920120060082760 6232006 990080763458

EM MESA

JULGADO: 23/02/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ IGNÁCIO FRANK DE ABREU
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHELLE CABRAL DE OLIVEIRA

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

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 23 de fevereiro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário