



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.469 - SP (2012/0069627-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DIEGO LUIZ BERBARE BANDEIRA
ADVOGADO : DIEGO LUIZ BERBARE BANDEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISANGELA OLIVEIRA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO, APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRETENDIDA EXTENSÃO DA ORDEM CONCEDIDA EM WRIT IMPETRADO EM FAVOR DE CORRÉ. SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. EXEGESE DO ART. 580 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXTENSÃO DEFERIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 580 do CPP permite que, na hipótese de concurso de agentes, a decisão judicial favorável proferida em favor de um acusado se estenda aos demais, desde que as situações fático-processuais sejam idênticas e não esteja a decisão beneficiadora fundada em motivos que sejam de caráter eminentemente pessoal.

2. Constatada a identidade fático-processual entre a situação de corré beneficiada por ordem de *habeas corpus* concedida por este Superior Tribunal de Justiça, que estabeleceu o regime aberto para o inicial cumprimento da pena, determinou a análise dos requisitos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como o exame da viabilidade de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas, e que a decisão concessiva não se encontra fundada em motivos de caráter pessoal, de ser aplicado o disposto no art. 580 do CPP à postulante.

3. Ordem concedida, para estender à paciente os efeitos do julgado no HC 84.514/SP, estabelecendo o regime aberto para o inicial cumprimento da pena à ela imposta, determinando ainda ao Juízo das Execuções Criminais que analise se presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite da pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, bem como as demais condições de seu cumprimento e também examine a viabilidade da sua substituição por restritivas de direito.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.469 - SP (2012/0069627-0)

IMPETRANTE : DIEGO LUIZ BERBARE BANDEIRA
ADVOGADO : DIEGO LUIZ BERBARE BANDEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISANGELA OLIVEIRA DA SILVA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ELISANGELA OLIVEIRA DA SILVA contra acórdão proferido pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, julgando a Apelação n. 9350223/4-00, lá aforada, negou provimento aos recursos da defesa e da acusação, mantendo a sentença que condenou a paciente ao cumprimento de 3 anos de reclusão e pagamento de 50 dias-multa, por violação ao art. 12 da Lei 6.368/76, absolvendo-a do crime do art. 14 da referida legislação.

O impetrante requereu a distribuição do presente feito por dependência ao HC n. 84.514/SP, da relatoria do Excelentíssimo Senhor Ministro Arnaldo Esteves Lima, no qual foi concedida parcialmente a ordem por esta Quinta Turma, a fim de estipular o regime inicial aberto para o cumprimento da pena aplicada à corré-paciente, Marilei Lima Andrade, e determinar ao Juízo das Execuções Criminais que analisasse a possibilidade de aplicação do disposto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como examinasse a viabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Alega que *"à corré dos mesmos autos, que possui os mesmíssimos atributos objetivos e subjetivos, conforme segue toda a documentação anexa, a pena apenas se restringiu ao regime albergue domiciliar, sendo que as mesmas foram acusadas em idênticas circunstâncias e participação, conforme acórdão proferido no Habeas Corpus 2007/0131351-0 desta Corte"* (fls. 4), devendo, por isso, ser estendida à paciente a referida decisão.

Defende que, sendo a paciente primária e de bons antecedentes, e sendo a Lei 11.343/06 mais benéfica, seria possível a substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz que a condenada estaria em liberdade há mais de cinco anos e que possui dois filhos menores, sendo certo que neste período não teria cometido qualquer ato criminoso, razão pela qual o cumprimento da pena imposta não faria mais sentido, tendo em vista que a finalidade principal da reprimenda - recuperação do preso perante a sociedade - já teria sido cumprida.

Ressalta, ainda, que o convívio da ré com a massa carcerária em nada contribuiria para sua regeneração, ao contrário, a degradaria, além de deixar sem assistência sua genitora idosa e seus filhos menores.

Requeru, liminarmente e no mérito, a extensão dos efeitos da decisão proferida em favor da corré Marilei Lima Andrade no HC n. 84.514/SP (número de registro 2007/0131351-0, conforme consulta ao sistema processual informatizado deste Superior Tribunal de Justiça).

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas, noticiando que o acórdão proferido quando do julgamento da apelação criminal transitou em julgado para as partes e que os autos estão no aguardo do cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor da ré para a execução da pena que lhe foi imposta (fls. 93-94 e 132).

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.469 - SP (2012/0069627-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da leitura do acórdão proferido por ocasião do julgamento do HC 84.514, da relatoria do Excelentíssimo Senhor Ministro Arnaldo Esteves Lima, impetrado em favor de Marilei Lima de Andrade, corré nos autos da ação penal em que também findou condenada a ora paciente, ELISANGELA OLIVEIRA DA SILVA, ambos ao cumprimento de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 12 da Lei 6.368/76, verifica-se que esta colenda Quinta Turma, em sessão realizada em 8-11-2007, houve por bem conceder parcialmente a ordem, *"para estipular o regime inicial aberto para o cumprimento da pena aplicada e determinar ao Juízo das Execuções Criminais que analise se presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite da pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, bem como as demais condições de seu cumprimento e a possível substituição por restritivas de direito"*.

O aresto está assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECURSO DE APELAÇÃO. DEVOLUTIVIDADE AMPLA. AUSÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. DELITO PRATICADO ANTES DA LEI 11.464/07. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. RETROAÇÃO DA LEI PENAL NOVA MAIS BENÉFICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE DOS REQUISITOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Nos termos do entendimento jurisprudencial da Quinta Turma desta Corte, *"contra decisões proferidas em recurso de devolução integral da causa – a exemplo do que sucede na apelação – o cabimento do habeas corpus para a instância superposta independe de que o seu fundamento tenha sido expressamente suscitado ou repelido"* (HC 71.818/BA, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 23/4/07).

2. Assegurado à paciente o direito de apelar em liberdade, não configura constrangimento ilegal a determinação pelo Tribunal a quo de expedição de mandado de prisão. Aplicação do enunciado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sumular 267 desta Corte.

3. Na hipótese em exame, praticado o delito em 6/6/02 – antes do advento das Leis 11.343/06 e 11.464/07 –, não havendo notícia de reincidência, tendo a pena-base sido fixada em 3 (três) anos de reclusão e reconhecidas pela sentença condenatória as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis à paciente, impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do referido diploma legal, bem como o reconhecimento do seu direito à substituição da pena carcerária por restritiva de direitos.

4. Pela interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, verifica-se que a nova tipificação das condutas, anteriormente definida no art. 12 da Lei 6.368/76, tem como preceito secundário um espectro de pena que varia de 20 (vinte) meses a 15 (quinze) anos de reclusão.

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

6. Ordem parcialmente concedida para estipular o regime inicial aberto para o cumprimento da pena aplicada e determinar ao Juízo das Execuções Criminais que analise se presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite da pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, bem como as demais condições de seu cumprimento e a possível substituição por restritivas de direito.

O artigo 580 do Código de Processo Penal permite que, na hipótese de concurso de agentes, a decisão judicial favorável proferida em favor de um acusado se estenda aos demais, desde que as situações fático-processuais sejam idênticas e não esteja a decisão beneficiadora fundada em motivos que sejam de caráter eminentemente pessoal.

É exatamente a situação dos autos, pois da leitura tanto da sentença como do aresto objurgado constata-se que a fixação e manutenção do regime inicial de cumprimento de pena, assim como a determinação do exame da possibilidade de incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e da substituição da reprimenda reclusiva por medidas alternativas, no que pertine a Marilei, atendeu aos mesmos parâmetros adotados em relação à ora paciente, e a decisão concessiva da ordem não se pautou em aspectos de caráter pessoal, circunstâncias que autorizam a pretendida extensão dos efeitos do remédio constitucional concedido a Marilei nesse ponto, haja vista similitude fático-processual em relação a ambas nesse aspecto.

Com efeito, do aresto proferido quando do julgamento do HC 84.514/SP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constata-se que esta Turma, considerando que o crime em questão foi cometido em 6-6-2002, portanto antes da edição da Lei 11.464/07, e que, diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, nos autos do HC 82.959/SP, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que *"as balizas para a fixação do regime prisional nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, cometidos antes do advento da Lei 11.464/07, foram remetidas para o art. 33 do Código Penal"*, e, *"não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, ou seja, em 3 (três) anos de reclusão, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis a ela"*, concluiu que o regime apropriado seria o *"aberto para o início do cumprimento da pena aplicada (3 anos de reclusão), em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do referido diploma legal"*.

E, *"pelos mesmos fundamentos"*, julgou que deveria *"a ordem ser concedida para possibilitar a substituição por pena restritiva de direitos a pena privativa de liberdade aplicada pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes cometido antes do advento da Lei 11.343/06 – a qual veda essa substituição, mas que não pode ser aplicada à paciente, pois lhe traria evidente prejuízo, devendo-se, então, observar o disposto no art. 44 do Código Penal para a concessão do benefício"*, e observando que a então paciente teria sido *"condenada, por crime sem violência ou grave ameaça a pessoa (art. 12, caput, da Lei 6.368/76), à pena de 3 (três) anos de reclusão, além de ser primária e ter as circunstâncias judiciais valoradas favoravelmente"*, entendeu que *"preenche os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos"*.

Por fim, no tocante à possibilidade de redução da pena por força do previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, entendeu o colegiado que embora não se pudesse *"fazer uma 'simbiose' de duas normas, gerando uma terceira não legislada, ainda que para beneficiar o réu"*, no caso teria a ré *"direito à regressão da norma mais benéfica, sem que isso signifique a construção de uma 'lei alternativa'"*, deliberando pela ***"regressão da norma penal mais benéfica, limitando, contudo, a pena mínima para esses delitos em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão"***.

Assim, concedeu-se a ordem de *habeas corpus* em favor de Marilei, *"para estipular o regime inicial aberto para o cumprimento da pena aplicada e determinar ao*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juízo das Execuções Criminais que analise se presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite da pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, bem como as demais condições de seu cumprimento e a possível substituição por restritivas de direito".

Nesse contexto, devida a extensão do julgado em favor da paciente, com fundamento no art. 580 do CPP e em obediência ao princípio da isonomia, pois da sentença, mantida pela Corte impetrada quando do julgamento do apelo defensivo, verifica-se que a pena-base de ELISANGELA foi fixada no mínimo legalmente previsto para o tipo penal violado, diante da favorabilidade das circunstâncias judiciais (fls. 34), sendo o regime fechado estipulado com base na Lei 8.072/90 (fls. 34 e 32-33), declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, anotando-se ainda que a incidência do contido no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, lei nova mais benéfica que entrou em vigor após a prolação da condenação, foi determinada por esta Quinta Turma no julgamento do *writ* aludido, bem como a análise da possibilidade de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

Nesse norte:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA ORDEM AOS CORRÉUS. CIRCUNSTÂNCIAS DE CARÁTER OBJETIVO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA E REGIME PRISIONAL.

1. Encontrando-se os corréus nas mesmas circunstâncias objetivas do paciente, de rigor a extensão dos efeitos da ordem, nos termos do art. 580 do CPP, de molde a lhes assegurar o regime aberto e a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direito.

2. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no HC 104.820/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012)

Diante de todo o exposto, concede-se a ordem, estendendo-se à paciente os efeitos do julgado no HC 84.514/SP, para estabelecer o regime aberto para o inicial cumprimento da pena imposta à paciente, determinando-se ainda ao Juízo das Execuções Criminais que analise se presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, bem como as demais condições de seu cumprimento e também examine a viabilidade da substituição por restritivas de direito.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0069627-0

HC 238.469 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200701313510 2852002 3682002 84514 9350223 9350223400

EM MESA

JULGADO: 07/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIEGO LUIZ BERBARE BANDEIRA
ADVOGADO : DIEGO LUIZ BERBARE BANDEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISANGELA OLIVEIRA DA SILVA

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.