



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 137.797 - MG (2009/0104924-2)**
RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : GUILHERME TINTI DE PAIVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FELIPE GUSTAVO DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : ALESSANDRO TERTULIANO DA C. PINTO - DEFENSOR
 PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENAS: 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 50 DIAS-MULTA. DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). IMPOSSIBILIDADE, NO CASO. RECONHECIMENTO, EM APELAÇÃO, DE QUE O PACIENTE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E PRÁTICA TRÁFICO DE ENTORPECENTES, INCABÍVEL O ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE PENAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CPB. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE SURSIS PREJUDICADO ANTE A NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º. DA LEI 11.343/2006, ALÉM DA AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 77 DO CPB. PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE SUPOSTAMENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (3 ANOS). ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES DO STF E STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 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. O § 4º. do art. 33 da Nova Lei de Drogas faz referência expressa ao caput deste artigo, sendo parte integrante do seu enunciado, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser é para afastar possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No caso concreto, o acórdão que julgou a Apelação indicou a habitualidade da conduta ilícita, consignando a existência de provas de que a conduta social do acusado é reprovável, visto que integra organização criminosa e pratica tráfico de entorpecentes desde a adolescência. Não verificado, portanto, o preenchimento dos requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que cogitar de sua aplicação retroativa.

4. Pelo mesmo motivo, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal decorrente do não acolhimento do pedido de substituição de penas. A Corte de origem asseverou expressamente que o paciente não preenche os requisitos do art. 44 do CPB, de modo a inviabilizar a pretendida benesse, por se tratar de medida insuficiente para a reprovação e prevenção da reiteração criminosa.

5. Tem-se por prejudicado o pedido subsidiário de suspensão condicional da pena, visto que condicionado à aplicação da causa especial de diminuição. Assim, mantida a reprimenda em 3 anos de reclusão, não há como aplicar o benefício do art. 77 do CPB, diante do não preenchimento do requisito objetivo (pena não superior a 2 anos).

6. O pedido de prisão domiciliar não foi objeto de análise pelo acórdão impugnado, o que inviabiliza o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, a par da ausência de qualquer documento que comprove a condição do paciente de portador do vírus HIV.

7. As duntas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF).

8. Ressalva do entendimento pessoal do Relator, de que o Magistrado não está vinculado, de forma absoluta, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime diverso do aberto ou semiaberto, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis.

9. Parecer ministerial pela denegação da ordem.

10. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, parcialmente concedida, para estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento da pena, sem prejuízo de que o Juízo da execução verifique eventuais direitos que a suposta condição do paciente de portador de HIV lhe confira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 06 de abril de 2010(Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.797 - MG (2009/0104924-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : GUILHERME TINTI DE PAIVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FELIPE GUSTAVO DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de FELIPE GUSTAVO DE OLIVEIRA, em adversidade ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento à Apelação defensiva, apenas para isentar o recorrente do pagamento das custas processuais, mantendo, no mais, a sentença que o condenara como incurso no art. 12 da Lei 6.368/76 (tráfico de entorpecentes) às penas de 3 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa, na mínima fração legal.

2. O acórdão ora impugnado está assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 6.368/76. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUBSTITUTIVA. DESCABIMENTO NA HIPÓTESE. RÉU AMPARADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. ISENÇÃO DAS CUSTAS.- O fato de o denunciado ser confesso usuário de drogas não o torna inapto para o crime de tráfico, porquanto, a depender da situação fática, pode haver evidências de que, além de consumir, esteja ele comercializando a substância entorpecente.- Havendo provas de que a conduta social do acusado é reprovável, integrando organização criminosa e praticando tráfico de entorpecentes desde a adolescência, não se mostra recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena.- Não há que se falar em combinação da Lei 6.368/76, com a Lei 11.343/06, uma vez que tal fato produziria uma terceira lei, diversa tanto da antiga, quanto da nova, criando benefícios exagerados e violando o princípio da reserva legal.- De acordo com o artigo 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03, são isentos do pagamento de custas os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Na presente impetração, pleiteia-se: (i) a aplicação retroativa da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas); (ii) a substituição da pena, ao argumento de que estariam presentes os requisitos do art. 44 do CPB ou, subsidiariamente, a concessão da suspensão condicional da pena, após a aplicação da referida causa especial de diminuição; (iii) a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda imposta, nos termos do art. 33, § 2o., c do CPB; e (iv) a concessão de prisão domiciliar, tendo em vista tratar-se o ora paciente de portador do vírus HIV.

4. Indeferida a liminar (fls. 257) e prestadas as informações solicitadas (fls. 265/277), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Procurador-Geral da República CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS, manifestou-se pela denegação da ordem, *sem prejuízo de que o juízo da execução verifique eventuais direitos que a condição do paciente de portador de HIV lhe confira* (fls. 279/282).

5. Era o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.797 - MG (2009/0104924-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : GUILHERME TINTI DE PAIVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FELIPE GUSTAVO DE OLIVEIRA (PRESO)

VOTO

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENAS: 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 50 DIAS-MULTA. DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). IMPOSSIBILIDADE, NO CASO. RECONHECIMENTO, EM APELAÇÃO, DE QUE O PACIENTE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E PRÁTICA TRÁFICO DE ENTORPECENTES, INCABÍVEL O ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE PENAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CPB. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE SURSIS PREJUDICADO ANTE A NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º. DA LEI 11.343/2006, ALÉM DA AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 77 DO CPB. PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE SUPOSTAMENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (3 ANOS). ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES DO STF E STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. *A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 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. *O § 4º. do art. 33 da Nova Lei de Drogas faz referência expressa ao caput deste artigo, sendo parte integrante do seu enunciado, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser é para afastar possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No caso concreto, o acórdão que julgou a Apelação indicou a habitualidade da conduta ilícita, consignando a existência de provas de que a conduta social do acusado é reprovável, visto que integra organização criminosa e pratica tráfico de entorpecentes desde a adolescência. Não verificado, portanto, o preenchimento dos requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que cogitar de sua aplicação retroativa.

4. Pelo mesmo motivo, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal decorrente do não acolhimento do pedido de substituição de penas. A Corte de origem asseverou expressamente que o paciente não preenche os requisitos do art. 44 do CPB, de modo a inviabilizar a pretendida benesse, por se tratar de medida insuficiente para a reprovação e prevenção da reiteração criminosa.

5. Tem-se por prejudicado o pedido subsidiário de suspensão condicional da pena, visto que condicionado à aplicação da causa especial de diminuição. Assim, mantida a reprimenda em 3 anos de reclusão, não há como aplicar o benefício do art. 77 do CPB, diante do não preenchimento do requisito objetivo (pena não superior a 2 anos).

6. O pedido de prisão domiciliar não foi objeto de análise pelo acórdão impugnado, o que inviabiliza o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, a par da ausência de qualquer documento que comprove a condição do paciente de portador do vírus HIV.

7. As doudas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF).

8. Ressalva do entendimento pessoal do Relator, de que o Magistrado não está vinculado, de forma absoluta, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime diverso do aberto ou semiaberto, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis.

9. Parecer ministerial pela denegação da ordem.

10. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, parcialmente concedida, para estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento da pena, sem prejuízo de que o Juízo da execução verifique



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eventuais direitos que a suposta condição do paciente de portador de HIV lhe confira.

1. Na presente impetração, pleiteia-se: (i) a aplicação retroativa da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas); (ii) a substituição da pena, ao argumento de que estariam presentes os requisitos do art. 44 do CPB ou, subsidiariamente, a concessão da suspensão condicional da pena, após a aplicação da referida causa especial de diminuição; (iii) a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda imposta, nos termos do art. 33, § 2o., c do CPB; e (iv) a concessão de prisão domiciliar, tendo em vista tratar-se o ora paciente de portador do vírus HIV.

2. A Corte de origem deu provimento à Apelação interposta pela defesa, apenas para isentar o então recorrente do pagamento das custas processuais, mantendo, no mais, a sentença que o condenara como incurso no art. 12 da Lei 6.368/76 (tráfico de entorpecentes) às penas de 3 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa, na mínima fração legal, amparando-se nos seguintes fundamentos:

Quanto ao pedido de aplicação retroativa do artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006, não se olvidando das respeitáveis vozes em sentido contrário, tenho entendimento firmado no sentido de que tal providência não se revela possível.

Importante frisar, desde já, que o delito foi praticado em 09.11.2004, portanto, muito antes da entrada em vigor da nova Lei de Drogas.

Com efeito, a Lei 11.343/06 tem por finalidade garantir maior repressão às drogas, tanto que o legislador aumentou a pena mínima do delito de tráfico de drogas para 5 (cinco) anos. Assim, somente diante dessa previsão legal mais rigorosa é que foi introduzido um benefício para determinado tipo de traficante - conhecido como "traficante de primeira viagem" e, ainda assim, quando for o agente primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa (artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06).

Dessa maneira, fica evidenciada a impossibilidade de incidir o benefício disposto na Lei 11.343/06 quando se tratar de réu condenado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela Lei 6.368/76, visto que produziria uma terceira lei, diversa tanto da antiga, quanto da nova, criando benefícios não previstos pelo legislador, em afronta ao princípio da reserva legal.

A propósito, NÉLSON HUNGRIA já fazia o seguinte alerta:

"(...) cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da Lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira Lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis". (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. I, p. 120).

(...).

Sobre o regime de cumprimento de pena, a despeito do quantum da reprimenda aplicada e de não poder se falar em reincidência (já que a condenação definitiva transitou em julgado após os fatos apurados nos presentes autos), as circunstâncias pessoais do acusado, aliada à gravidade concreta do delito, não autorizam a adoção de um regime mais brando.

Isso porque foi apreendida com o acusado considerável quantidade de substância entorpecente, havendo, ainda, provas de que o mesmo já se encontra arraigado na criminalidade desde a adolescência, além de ser integrante de uma facção criminosa, tratando-se de um conhecido traficante na região, o que foi confirmado até pela própria avó do acusado.

Fácil reconhecer, portanto, que sua conduta social é extremamente reprovável e desautoriza a fixação de outro regime que não aquele arbitrado pelo douto Julgador primevo.

E nem se argumente que a simples fixação da pena-base no mínimo legal autorizaria a incidência do regime aberto, já que o douto Julgador primevo considerou estarem presentes diversas circunstâncias desfavoráveis, porém, deixou de exasperar a pena-base. Talvez isso tenha ocorrido por equívoco do Julgador, mas como não houve insurgência ministerial a respeito, tal alteração implicaria reformatio in pejus, razão pela qual o quantum da pena não foi alterado nessa instância revisora.

No que se refere ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de fato, ao contrário do que ocorre na Lei 11.343/2006, a revogada Lei de Tóxicos não vedava expressamente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão de tal benefício, havendo forte divergência - tanto na jurisprudência como na doutrina - sobre a possibilidade, ou não, de sua concessão aos condenados por delitos de tráfico de entorpecentes cometidos sob a égide da antiga lei.

Contudo, sempre foi pacífico o entendimento de que, se o acusado não preenche os requisitos do artigo 44 do Código Penal, não há que se aventar a possibilidade da pena substitutiva. Essa é, exatamente, a hipótese dos autos.

Não obstante entenda que a condenação por crime equiparado a hediondo, por si só, não seja empecilho, a situação concreta dos autos desautoriza à concessão de tal benefício.

Repita-se, sob risco de redundância, que as provas dos autos dão conta que o réu se dedica ao narcotráfico desde os 12 (doze) anos de idade, sendo constantemente preso pelo envolvimento com a criminalidade (conforme depoimentos dos policiais militares, confirmado pela CAC, fl. 136/137), sendo integrante de uma conhecida organização criminosa que atua na denominada "Vila Cafezal", em Belo Horizonte/MG.

Tais circunstâncias levaram o Douto Magistrado, acertadamente, a vedar a substituição no caso em apreço, por se tratar de medida insuficiente para a reprovação e prevenção da reiteração criminosa, o que poderia, inclusive, gerar um sentimento coletivo de impunidade e desprestígio da legislação penal.

Também não se revela possível a concessão do benefício do sursis ao acusado, porque o quantum da pena que lhe foi imposta suplanta, em muito, o limite temporal de dois anos previsto no artigo 77, caput, do Código Penal (fls. 248/251).

3. No que toca ao pleito relativo à incidência da causa especial de diminuição de pena, observe-se, inicialmente, que a redução objetivou suavizar a situação daqueles que não se dedicam ao tráfico como profissão, dos que cometeram o delito pela primeira vez, do traficante ocasional (a mulher que leva a droga para o marido ou o filho viciado na cadeia, por exemplo).

4. A controvérsia passa pela admissibilidade de combinação de leis. Louvando-se nos arts. 5o., XL da Constituição Federal e 2o. do CPB, parte da jurisprudência e da doutrina ampliaram as possibilidades de interpretação jurídica para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admitir a combinação de normas ou de partes delas, sempre que o resultado encontrado beneficiar, de qualquer forma, o réu ou aquele já condenado. Seguindo essa diretriz jurídica, sem qualquer ressalva ou discussão, podem ser transcritos, desta Corte, os julgados abaixo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NORMA DE DIREITO PENAL MATERIAL. RETROATIVIDADE.

1. *Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente diante do transporte, por longa distância, de grande quantidade de substâncias entorpecentes - 276,5 kg de maconha e 123 esferas de haxixe -, com observância do art. 59 do Código Penal, inexistente constrangimento ilegal.*

2. *É de rigor a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, haja vista tratar-se de norma de direito penal material que beneficia o réu, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma lei, disposição prejudicial - vedação à substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos -, tendo em conta o previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.*

3. *Ordem parcialmente concedida (HC 88.114/MS, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJU 03.12.07).*



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 casa de sentença transitada em julgado.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...) (HC 92.272/RJ, Rel. Min. JANE SILVA, DJU 26.11.07).

5. Em interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, o eminente Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA tem admitido a retroação da causa de diminuição de pena, vedando, todavia, a fixação de sanção inferior a 1 ano e 8 meses de reclusão, que seria a resultante da aplicação da redução máxima admitida pelo § 4o., incidente sobre o menor tempo de cumprimento fixado no *caput* (5 anos). Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INTEGRAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...).

3. *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.*

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

5. *Ordem parcialmente concedida apenas para estipular o regime inicial fechado 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 (HC 88.006/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 10.12.07).*

6. Ao meu modesto sentir, embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal Brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a combinação de leis, com a sua aplicação retroativa àquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Veja-se que o Magistrado que assim procede está, em verdade, criando uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de $1/6$ até $2/3$, para agentes primários e de bons antecedentes, que não integrem organização criminosa, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída pela via de interpretação.

8. O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica intrínseca do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes.

9. Não se pode olvidar que o § 4o. faz referência expressa ao *caput* do art. 33 da novel legislação, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, dada a exacerbação desproporcional da condenação em patamar tão elevado (5 anos), que poderia, em tese, ocorrer, nas hipóteses legais previstas (réu primário, de bons antecedentes e que não integre organização criminosa); deveras, não há como interpretá-lo isoladamente do seu contexto, pinçando somente esse excerto e combinando-o com outra legislação, que previa pena mínima bem menor (3 anos), sob pena de descaracterizar o conjunto da norma.

10. A combinação de normas dificilmente atenderá à finalidade de qualquer uma delas, além de quebrar a lógica intrínseca do sistema jurídico. Já advertia o ilustre mestre NELSON HUNGRIA, *que [...] não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis* (Comentários ao Código Penal, 1o. vol., 1 t., Forense, Rio de Janeiro, 1977, pág. 120).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11. O colendo STF, em tempos de interpretação mais restritiva, também não aceitava a combinação de leis, como se constata do seguinte julgado:

HABEAS-CORPUS. Lex mitior. Execução de sentença. Livramento condicional. Combinação de normas que se conflitam no tempo. Princípio da isonomia. O princípio da retroatividade da lex mitior, que alberga o princípio da irretroatividade de lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por consequência, ao livramento condicional, art. 5o., XL, da Constituição Federal e § único do art. 2o. do Código Penal (Lei 7.209/84). Os princípios da ultra e da retroatividade da lex mitior não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. Habeas-corpus indeferido (HC 68.416/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJU 30.12.92).

12. O insigne doutrinador GUILHERME DE SOUZA NUCCI apresenta solução intermediária, assim:

91.-C. Aplicação retroativa de lei penal benéfica e a hipótese de combinação de leis penais: não há dúvida de que o disposto no § 4o. do art. 33 é norma penal benéfica, merecendo, conforme o caso, aplicação retroativa, inclusive no tocante a processos já findos, com trânsito em julgado. Porém, deve-se enfrentar uma questão prévia. É viável a combinação de leis penais? Para quem aceitar essa posição, não há problema algum. Toma-se a pena aplicada, com base na Lei 6.368/76, que não tinha esse benefício, fazendo incidir a nova causa de diminuição, quando preenchidos os requisitos da novel lei (primariedade, bons antecedentes, não envolvimento em atividades criminosas, nem integração com organização criminosa). Imaginemos a pena de 3 anos, por tráfico (antigo art. 12 da Lei 6.368/76). Sobre ela incidiria uma diminuição de um sexto a dois terços. O condenado (ou réu) somente teria a ganhar. Entretanto, há a corrente que não aceita a combinação de leis penais, pois o magistrado estaria, na prática, legislando. Afinal, não há uma lei com pena mínima de 3 anos para o tráfico + causa de diminuição de pena ao primário, de bons antecedentes etc. É a posição que adotamos em nosso Código Penal comentado (conferir a nota 22 ao art. 2o.). Para isso, pensamos ser aplicável ou a Lei 6.368/76 ou a Lei 11.343/2006. Não se pode misturá-las. Cremos, ainda, como já sustentamos, ser plenamente possível, no caso concreto, sem divagações teóricas, eleger a melhor lei ao acusado ou sentenciado. Exemplificando: o primeiro passo a dar será o magistrado, conforme a culpabilidade do agente (vide a nota 91-B supra), decidir qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seria a diminuição merecida. Imagine-se que chegou à conclusão de que metade é o ideal. Ora, aplicada essa diminuição sobre a pena mínima de 5 anos, prevista no caput do atual art. 33, teremos 2 anos e 6 meses de reclusão. Tinha o réu recebido a pena mínima de 3 anos, prevista no antigo art. 12 da Lei 6.368/76. Assim sendo, é benéfica a aplicação, por inteiro, da nova Lei 11.343/2006. Porém, se o juiz chegar à conclusão que a diminuição deve ser fixada no patamar mínimo (um sexto), não há razão para aplicar a nova Lei, já que a subtração desse montante da pena mínima de 5 anos resultaria em 4 anos e 2 meses de reclusão. Se o réu tinha sido condenado a 3 anos, com base na anterior Lei 6.368/76, melhor manter essa pena. Não se aplica a Lei 11.343/2006. Em suma, evitando-se a combinação de leis penais, mas escolhendo qual a melhor Lei, caso a caso, é possível optar entre uma ou outra (Leis Penais e Processuais Penais comentadas, 2a. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 331).

13. Ao meu sentir, essa solução 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 pátrio, vedando ao intérprete da Lei extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente; dessa forma, aplicar-se-ia, em sua integralidade, uma ou 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, sem a possibilidade, todavia, de combinação de normas.

14. Contudo, no caso concreto, o acórdão que julgou a Apelação indicou a habitualidade da conduta ilícita, consignando a existência de provas de que a conduta social do acusado é reprovável, visto que integra organização criminosa e pratica tráfico de entorpecentes desde a adolescência. Não verificado, portanto, o preenchimento dos requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que cogitar de sua aplicação retroativa.

15. Pelo mesmo motivo, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal decorrente do não acolhimento do pedido referente à substituição de penas. Com efeito, a Corte de origem asseverou expressamente que o paciente não preenche os requisitos do art. 44 do CPB, de modo a inviabilizar a pretendida benesse, por se tratar de medida insuficiente para a reprovação e prevenção da reiteração criminosa. Ressaltou-se, outrossim, que *as provas dos autos dão conta que o réu se dedica ao*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

narcotráfico desde os 12 (doze) anos de idade, sendo constantemente preso pelo envolvimento com a criminalidade (conforme depoimentos dos policiais militares, confirmado pela CAC, fl. 136/137), sendo integrante de uma conhecida organização criminosa que atua na denominada 'Vila Cafezal', em Belo Horizonte/MG (fls. 251).

16. Tem-se, ainda, por prejudicado o pedido de suspensão condicional da pena, visto que condicionado à aplicação da causa especial de diminuição de pena. Assim, mantida a reprimenda em 3 anos de reclusão, não há como ser aplicado o benefício do art. 77 do CPB, diante do não preenchimento do requisito objetivo.

17. Por sua vez, o pleito de concessão de prisão domiciliar, decorrente da suposta condição do paciente de portador do vírus HIV, não foi analisado pelo Tribunal de origem. Assim, não tendo sido apreciada na instância ordinária esta argumentação trazida no presente *writ*, inviabiliza-se o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância (HC 72.073/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 21.05.2007; HC 69.007/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 14.05.2007). Registre-se, outrossim, a inexistência nos autos de qualquer documento comprobatório da condição do paciente de portador do vírus HIV.

18. Contudo, no que toca ao regime inicial de cumprimento de pena, assiste razão ao impetrante.

19. Sobre o tema, cumpre esclarecer que, ao meu sentir, *data venia* dos respeitáveis posicionamentos em contrário, o Magistrado não está vinculado, de forma absoluta, à pena-base aplicada ao crime, na medida da culpabilidade do agente, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime diverso do aberto ou semiaberto, segundo a sua avaliação criteriosa e fundamentada, com base nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB, salvo nos casos do art. 33, § 2o., alínea a do CPB [pena superior a 8 anos ou superior a 4, se reincidente o agente]. Entendo que o propósito da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis.

20. Entretanto, as doudas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF).

21. Com efeito, vários são os julgados deste STJ a consignar que se o *paciente preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime semi-aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias judiciais favoráveis na própria dosimetria da reprimenda, como a primariedade e a ausência de maus antecedentes, não cabe a imposição de regime fechado com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado e na suposta periculosidade do agente* (HC 68.654/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 12.03.07).

22. O colendo STF, na mesma linha de entendimento, já decidiu, inclusive, que *a gravidade em abstrato do crime de roubo, mesmo quando houver duas causas de aumento de pena (emprego de arma e concurso de agentes), não é suficiente para impor o regime fechado ao condenado a pena inferior a 8 anos* (HC 83.520/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU 12.03.07).

23. Dest'arte, considerando que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, não sendo apontadas circunstâncias do crime que transbordam das usualmente verificadas em casos da mesma espécie, de rigor a fixação do regime menos gravoso.

24. Assim, em face dessa orientação jurídica já consolidada, ressalvo, com o maior respeito, o meu ponto de vista pessoal, para acompanhar a jurisprudência acerca da matéria.

25. Ante o exposto, conhece-se parcialmente do *writ* e, nessa parte, concede-se parcialmente a ordem, para estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento da pena, sem prejuízo de que o Juízo da execução verifique eventuais direitos que a suposta condição do paciente de portador de HIV lhe confira.

26. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0104924-2

HC 137797 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024058637497 24058637497

EM MESA

JULGADO: 06/04/2010

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: GUILHERME TINTI DE PAIVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: FELIPE GUSTAVO DE OLIVEIRA (PRESO)

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

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de abril de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário