



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS      Nº 81.028 - SP (2007/0079655-0)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**R.P/ACÓRDÃO** : MINISTRO OG FERNANDES  
**IMPETRANTE** : CAMILA GUIMARÃES FLORES  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LUCIANO MAZALI

### EMENTA

**HABEAS CORPUS.** TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ABRANDAMENTO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DEFERIMENTO.

1. A combinação de leis – extração de dispositivos mais benéficos de uma e de outra lei – se compatibiliza com o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. Precedentes do STJ e STF.

2. No caso, embora condenado por tráfico de drogas cometido sob a égide da Lei nº 6.368/76, o paciente preenche os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fazendo jus à causa de diminuição ali descrita.

3. Considerando que a pena-base foi estabelecida no piso legal e a ausência de circunstâncias desfavoráveis, é viável o deferimento da minorante que, no caso, deve ser aplicada em seu grau mínimo em razão da quantidade da droga apreendida.

4. Pelas mesmas balizas, é possível o abrandamento do regime prisional e a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos.

5. Ordem concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes concedendo em maior extensão a ordem de **habeas corpus**, no que foi acompanhando pelo Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), e o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues concedendo a ordem de **habeas corpus** em menor extensão, verificando-se o empate na votação e prevalecendo a situação mais favorável ao réu, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Og Fernandes, que lavrará o acórdão, vencidos, em parte, a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Votou com o Sr. Ministro Og Fernandes o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 10 de junho de 2010 (data do julgamento).

**MINISTRO OG FERNANDES**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 81.028 - SP (2007/0079655-0)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : CAMILA GUIMARÃES FLORES  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LUCIANO MAZALI

### RELATÓRIO

#### **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCIANO MAZALI, apontando como autoridade coatora a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Segundo se colhe dos autos, o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, a 3 (três) anos de reclusão por prática descrita abstratamente no art. 12 da Lei nº 6.368/76, a 3 (três) anos de reclusão como incurso no art. 14 da Lei nº 6.368/76 e a 1 (um) ano de detenção, por ter incorrido no art. 10 da Lei nº 9.347/97, porque, juntamente com outras duas pessoas, teria adquirido e mantido em depósito 13 quilos e 600 gramas de cocaína, portando ainda arma de fogo sem autorização legal e regulamentar.

Em apelação, o Tribunal de origem absolveu o paciente do crime tipificado no art. 14 da Lei nº 6.368/76, entendendo, de outra parte, aplicável a majorante do art. 18, III da mesma lei, encontrando uma pena final, pelo crime de tráfico, de 4 (quatro) anos de reclusão, no regime integralmente fechado, mantendo-se a condenação pelo porte de arma (fls.27).

Daí o presente *writ* onde postula a impetrante:

- 1) *abolitio criminis* em relação à causa de especial de aumento do art. 18, III da Lei nº 6.368/76;
- 2) aplicação retroativa do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006;
- 3) a fixação do regime inicial aberto e
- 4) a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direito.

Contra o acórdão da apelação foram opostos embargos de declaração, acolhidos em parte para afastar a causa de aumento do art. 18, III da Lei nº 6.368/76, reconhecendo o Tribunal de origem *abolitio criminis*, no particular, em face da superveniência da Lei nº 11.343/2006 e alterar o regime de cumprimento da pena para inicialmente fechado, admitindo a progressão, negando, no entanto, a aplicação retroativa da causa de diminuição do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006. Em razão disso, reduziu a pena privativa de liberdade pelo tráfico a 3 (três) anos de reclusão, no regime inicialmente fechado.

Indeferida a liminar, em um primeiro momento (fls.47/48), foram prestadas as primeiras informações (fls.52/53), tendo sido deferida, depois, a liminar, em juízo de



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

reconsideração (fls.90/92), porque determinada pelo Tribunal de origem a expedição de mandado de prisão, sem que houvesse trânsito em julgado da condenação.

Opina o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls.114/120).

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 81.028 - SP (2007/0079655-0)**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### VOTO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, mister se faz consignar encontrar-se prejudicado o pleito, no tocante à *abolitio criminis* em relação à causa especial de aumento do art. 18, III da Lei nº 6.367/76, porquanto já atendida, neste particular, a impetração, quando do julgamento dos embargos de declaração, na origem, ocorrido após o protocolo do presente *writ*.

No mais, merece a súplica parcial acolhimento.

No que se refere à aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 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)."

Ressalte-se que, conquanto a Colenda Sexta Turma entenda, de forma majoritária, ser viável a combinação de disposições favoráveis de distintas leis a fim de beneficiar o réu (preceito sancionador do art. 12 da Lei n.º 6.368/76 com a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06), não é possível a aplicação da minorante, visto que milita em desfavor do pleito, inclusive, a quantidade de entorpecente - 13,6 Kg (treze quilos e seiscentos gramas) de cocaína (fl. 31) -, escondidos em uma chácara, o que, a meu ver, inviabiliza a diminuição pretendida.

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.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 casa 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.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 MELLIUS*.

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)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 :



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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, § 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TJ/MG), DJe 02/03/2009)

Assim, tendo sido cometido o crime em 12.04.2000, 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.

Ante o exposto, **concedo o habeas corpus em parte**, apenas para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (art. 33, §2º, letra "c" e 3º do Código Penal - circunstâncias judiciais todas favoráveis - sentença fls. 41) e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, já que presentes os requisitos para tanto (art. 44 e incisos do Código Penal), devendo o juízo das execuções criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover-lhes a aplicação.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2007/0079655-0

[PROCESSO\_ELETRONICO]

**HC 81028 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5082000 9070403

EM MESA

JULGADO: 01/06/2010

#### **Relatora**

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : CAMILA GUIMARÃES FLORES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LUCIANO MAZALI

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:

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora concedendo parcialmente a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Og Fernandes. Aguardam os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE)."

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 01 de junho de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA  
Secretário



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 81.028 - SP (2007/0079655-0)

### VOTO-VISTA

**O SR. MINISTRO OG FERNANDES:** Pedi vista dos autos para melhor análise da matéria.

O caso, como bem relatado pela ilustre Ministra Maria Thereza de Assis Moura, trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de LUCIANO MAZALI, condenado, por tráfico ilícito de entorpecentes – ainda sob a égide da Lei nº 6.368/76 –, à pena de 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado. Pleiteia-se, em síntese, o seguinte: 1) seja reconhecida a abolição do delito (**abolitio criminis**) em relação à causa especial de aumento previsto no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76; 2) aplicação retroativa do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06; 3) fixação do regime aberto para o início do cumprimento de pena; e 4) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em relação ao primeiro aspecto suscitado na impetração, como bem frisou a ilustre Relatora, o pedido de reconhecimento da extinção do delito previsto no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76 já foi feito pela instância ordinária em sede de embargos de declaração. Tanto é que a pena, que havia sido fixada em 4 (quatro) anos, na apelação foi reduzida para 3 (três) anos nos embargos.

Já no que tange à aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, tenho entendimento diverso e, nesse particular, peço vênias a Ministra Maria Thereza para divergir.

A Sexta Turma desta Corte 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, nas hipóteses em que o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Isso porque, por se tratar de norma penal mais benéfica, deve retroagir em favor do paciente.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADES NO INQUÉRITO. AÇÃO PENAL NÃO-AFETADA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME OCORRIDO ANTES DO ADVENTO DA NOVA LEI. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DO ART. 112 DA LEP. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.*

- 1. A existência de eventual nulidade no inquérito policial não macula a ação penal. Precedentes do STJ.*
- 2. Revela-se juridicamente possível a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em relação ao crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/1976.*
- 3. Para a progressão de regime de condenados pelo crime de tráfico ocorrido antes da vigência da Lei 11.464/07, deverá ser observada a atual redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais, dada pela Lei 10.792/03, que exige, para a progressão de regime, entre outros, o pressuposto objetivo relativo ao cumprimento de pelo menos 1/6 da pena.*
- 4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para, reconhecendo a aplicação retroativa da Lei 11.343/06 e a possibilidade de progressão de regime nos termos do art. 112 da Lei de Execuções Penais, determinar ao Juízo da Execução Penal que proceda ao novo cálculo da pena.*  
(REsp 1.101.919/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 15.6.09)

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. CABIMENTO. TRANSNACIONALIDADE. DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DA MAJORANTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO. ORDEM CONCEDIDA.*

- 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, nas hipóteses em que o réu for primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.*
- 2. Considerando a grande quantidade de entorpecentes apreendidos, a redução pode ser fixada em patamar inferior ao máximo previsto na Lei Antidrogas.*
- 3. No caso concreto, a paciente transportava mais de 24 (vinte e quatro) quilos de cocaína, o que possibilita a redução em 1/3 (um terço).*
- 4. Em atenção ao princípio constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica, a nova lei que rege os crimes de tráfico de drogas*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*(Lei nº 11.343/06, art. 40, inciso I) deve ser aplicada quando incidir a causa de aumento decorrente da transnacionalidade do delito, elevando a pena em um sexto e não mais em um terço como estipulado nas instâncias precedentes. Concessão de ofício.*

*5. Ordem parcialmente concedida para, de um lado, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar de 1/3 (um terço) e diminuindo a majoração em razão da causa de aumento decorrente da transnacionalidade do delito em seu patamar mínimo - 1/6 (um sexto) -, reduzir as penas impostas à paciente, fixando-as, definitivamente em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 51 (cinquenta e um) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da privativa de liberdade.*

*(HC 119.922/SP, de minha relatoria, DJe de 23.3.09)*

No caso, levando-se em conta que o paciente é primário, não ostenta maus antecedentes – tanto que a pena-base foi fixada no patamar mínimo –, bem como o fato de não haver informações de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, estão satisfeitos os requisitos legais ao deferimento do benefício contido no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Contudo, aplico a referida causa de diminuição na fração mínima de 1/6 (um sexto) em virtude da grande quantidade de droga apreendida em poder do paciente, qual seja, 13,6 Kg (treze quilos e seiscientos gramas) de cocaína. Em consequência, a pena que foi fixada em 3 (três) anos deve ser diminuída para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Por fim, no que concerne ao regime inicial e, também, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos está de acordo com os fundamentos lançados pela Ministra Relatora.

Tratando-se de caso ocorrido ainda sob a égide da Lei nº 6.368/76 e sendo o paciente primário, com as circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, nada há que impeça a fixação de regime mais brando para o início de cumprimento de pena e, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Nesse sentido, já decidi (REsp nº 1.105.287/RJ, DJe de 3.8.09):

**RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/1976. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º,**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. APELO MINISTERIAL IMPROVIDO. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME ABERTO E PERMITIR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que as disposições benignas contidas na Lei nº 11.343/06, incluindo o disposto no seu art. 33, § 4º, aplicam-se aos crimes cometidos na vigência da Lei nº 6.368/76, nas hipóteses em que o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, e nem integrar organização criminosa.
2. Segundo consta dos autos, a paciente é primária e portadora de bons antecedentes, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Outrossim, não há provas de que se dedique a atividades criminosas ou integre tais organizações. De rigor, portanto, a incidência do referido dispositivo.
3. De outra parte, se as circunstâncias judiciais são favoráveis à paciente, e o delito foi cometido sob a égide da Lei nº 6.368/76, é viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, assim como o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade.
4. Recurso a que se nega provimento. **Habeas corpus** concedido, de ofício, para estabelecer o regime aberto e substituir a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana.

Pelo exposto, peço vênia à ilustre Relatora para divergir, somente em relação à incidência do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06 que, no caso, entendo perfeitamente aplicável, reduzindo-se, em consequência, a pena em 1/6 (um sexto), fixando-a em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, acompanhando, no mais, o seu bem lançado voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2007/0079655-0

**HC 81.028 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5082000 9070403

EM MESA

JULGADO: 10/06/2010

#### **Relatora**

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

#### **Relator para Acórdão**

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ADEMAR VIANA FILHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : CAMILA GUIMARÃES FLORES  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : LUCIANO MAZALI

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:

"Prosseguindo no julgamento após voto vista do Sr. Ministro Og Fernandes concedendo em maior extensão a ordem de habeas corpus, no que foi acompanhando pelo Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), e o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues concedendo a ordem de habeas corpus em menor extensão, verificando-se o empate na votação e prevalecendo a situação mais favorável ao réu, a Turma, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Og Fernandes, que lavrará o acórdão. Vencidos, em parte, a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE)."

Votou com o Sr. Ministro Og Fernandes o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília, 10 de junho de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA  
Secretário