

3. É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o crime de tráfico de drogas foi cometido na vigência da Lei 6368/76 e o apenado reúne os requisitos para sua obtenção.

4. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

5. Recurso provido para aplicar retroativamente a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, de ofício, concedida a ordem para reduzir o aumento da majorante para um sexto, substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e substituir o regime inicialmente fechado pelo aberto, desde o início.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.042.435 - MG (2008/0063807-0)**  
**- Relatora : Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJMG)**

Recorrente: Dulcemeire Vieira da Cunha (Preso). Advogado: Vinícius Paulo Mesquitas. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

#### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Vencida a Sr.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura que negava provimento.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves. Brasília, 1º de julho de 2008 (data do julgamento). *Ministra Jane Silva* (Des.ª convocada do TJMG) - Relatora.

#### **Relatório**

A EXMA. SRA. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJMG) (Relator) - Trata-se de Recurso Especial interposto em favor de Dulcemeire Vieira da Cunha, condenada pela prática do crime do artigo 12, c/c artigo 18, IV, da Lei 6.368/76, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do de Minas Gerais, que negou provimento a apelação criminal, entendendo que não se aplica, ao caso, a minorante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

**Recurso especial - Tráfico ilícito de entorpecentes - Crime praticado sob a égide da Lei 6.368/1976 - Redução do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006 - *Novatio legis in melius* - Retroatividade - Imperativo constitucional - Recurso provido e concedida ordem de ofício para reduzir o patamar de aumento pela majorante do artigo 40, III, da Lei 11.343/06, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o regime inicial de cumprimento da pena pelo aberto, desde o início**

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

2. A causa de aumento anteriormente prevista no artigo 18, IV, da Lei 6.368/76, recepcionada no artigo 40, III, da Lei 11.343/06, teve seu patamar mínimo reduzido para 1/6, que deve ser considerado, mesmo em relação a crimes cometidos na vigência da Lei anterior.

Daí a defesa interpôs o presente recurso especial, apontando negativa de vigência aos artigos 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e 2º, do Código Penal, bem como a divergência jurisprudencial.

Foram apresentadas contra-razões em que se pleiteia a manutenção do acórdão hostilizado.

Admitido o recurso, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo seu provimento.

Relatados, peço dia para julgamento.

## Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJMG) (Relator) - O recurso deve ser conhecido.

Verifica-se, inicialmente, que o recurso especial é tempestivo.

A matéria foi devidamente prequestionada.

A divergência, do mesmo modo, encontra-se comprovada nos moldes determinados no art. 255 do RISTJ, pois o recorrente cuidou de transcrever trechos dos acórdãos recorrido e paradigma, citando o repositório oficial em que se acham publicados, e realizando o cotejo analítico das teses, razão pela qual o recurso deve ser conhecido também pela alínea “c”.

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, passo à análise da irresignação.

De fato, a jurisprudência pátria ainda não é pacífica no que se refere ao conflito de leis penais no tempo quando a legislação mais nova é gravosa numa parte e benéfica noutra, como *in casu*.

A Carta Política de 1946, em seu artigo 141, § 29, já previa a retroatividade da lei penal para beneficiar o réu. A antiga Parte Geral do Código Penal, em seu artigo 2º, depois de dizer no caput que ninguém poderia ser punido por fato que a posterior deixasse de considerar crime, cessando em virtude dela o cumprimento da pena e os efeitos penais da sentença condenatória, dispunha, em seu parágrafo único, que a lei benéfica posterior seria aplicável ao fato não definitivamente julgado e, apenas na parte em que cominasse pena menos rigorosa, atingiria o fato julgado por sentença condenatória irrecorrível.

A Constituição de 1967 estabelecia no seu artigo 150, § 16 a observância da lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravasse a situação do réu, entendimento repetido na Emenda Constitucional de 1969.

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, através da Lei 7.209/1984, colocou-se fim à dúvida existente e ali se definiu, em seu artigo 2º, a irretroatividade da regra mais grave, passando-se a dispor, em seu parágrafo único, que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Logo, ficou definitivamente estabelecida a retroatividade benéfica, não só com referência às

penas, mas também em relação a todos os seus aspectos favoráveis ao réu, determinando sua aplicação até mesmo durante o cumprimento da pena, ainda que depois do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A atual Carta da República, como não poderia deixar de ser, consagrou entre seus princípios o *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, expresso em seu artigo 5º, XXXIX, ao dizer: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Em decorrência, fez constar uma regra geral sobre os conflitos das regras penais no tempo em seu inciso XL, dispondo que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, não estabelecendo limites para a retroatividade da *lex mitior*.

Assim, em princípio, vige a regra segundo a qual a norma aplicada ao autor de uma infração penal deve ser aquela vigente à época do fato criminoso - *tempus regit actum*. No entanto, essa regra deve ser vencida se o regramento posterior beneficiar o acusado.

A lei penal posterior mostra-se mais favorável para sua imposição retroativa não só quando deixa de considerar criminoso determinado fato (*abolitio criminis*), mas, também, quando beneficia, de qualquer maneira, o seu autor (*novatio legis in melius*).

Com efeito, a lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o artigo 5º, XL da Constituição da República e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

A Carta Magna, ademais, não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna, sendo que o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, a lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência (artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal).

Entretanto, há acentuada dúvida na doutrina quanto à forma de aplicação de lei nova ao fato criminoso anterior.

Dois são os posicionamentos adotados. Nelson Hungria, in “Comentários ao Código Penal”, vol. 01, 1949, p. 96, sustentava:

Examinaremos cada um desses casos de per si; mas, preliminarmente, cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da *lex antiga*, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis.

Esse também é o posicionamento de Heleno Fragoso, esposado in “Lições de Direito Penal. Parte Geral”, 16. ed., 2003, p. 126:

Em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu aplicando ambas

parcialmente. O CP de 1969 continha a respeito disposição expressa (art. 2º, § 2º).

Jair Leonardo Lopes faz parte da mesma corrente doutrinária, consoante se extrai de "Curso de Direito Penal. Parte Geral", 4.ed., 2005, p. 98:

Tem-se entendido que há de ser considerada como mais benigna aquela que, no seu conjunto, se apresente como a mais favorável, não se admitindo a aplicação de disposições de uma e outra, com o que não se estaria aplicando nem a lei anterior, nem a posterior, mas uma terceira lei elaborada com partes das duas outras.

Outros autores, como Costa e Silva, Aníbal Bruno e Fernando Capez esposam o mesmo entendimento.

Porém, essa opinião não é tranqüila, posto que outros doutrinadores, com argumentos igualmente sólidos, acham perfeitamente possível a consideração simultânea das duas normas em favor do réu. Atente-se para a abalizada opinião expendida por José Frederico Marques, in "Tratado de Direito Penal", vol. 01, 1997, p. 256/257:

[...] dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, o julgador em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos por que se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente a Constituição. Se lhe está afeto escolher "o todo", para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepair a pruridos de lógica formal.

Muitos outros autores entendem possível a mescla das normas favoráveis das duas leis, sempre visando beneficiar o réu:

Quando as leis em conflito não possam ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto e suas normas aplicáveis ao fato, há necessidade de se promover uma combinação para se extrair, de uma e de outra, as disposições mais benéficas. Essa é a orientação mais avançada segundo a lição dos mestres e os precedentes da jurisprudência. (René Ariel Dotti, in "Curso de Direito Penal: Parte Geral, 2.ed., 2004, p. 271).

Entendemos que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais de ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na posterior que revogou o diploma anterior

também existem aspectos que o beneficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados. (Rogério Greco, in "Curso de Direito Penal", vol. 01, 2006, p. 123).

A conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido ao julgador a aplicação de uma "terceira" (formada por parte de duas), essa orientação afigura-se mais aceitável, considerando-se que o sentido da Constituição é de que se aplique sempre a norma mais favorável. (Júlio Fabbrini Mirabete, in "Manual de Direito Penal", 18. ed., 2002, p. 67).

A nosso juízo, esse é o melhor entendimento, que permite a combinação de duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos. O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de examinar essa matéria e decidiu pela possibilidade da conjugação de leis para beneficiar o acusado (HC 69.033-5 - Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 1992, p. 2925). (Cezar Roberto Bitencourt, in "Tratado de Direito Penal: Parte Geral", vol. 01, 10. ed, 2006).

Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, ao estudarem a matéria relativamente ao artigo 33, § 3º da Lei 11.343/2006, enfatizam:

Conclusão: preenchidos os requisitos desse novo art. 33, § 3º, ele deve ter incidência retroativa e vai alcançar todos os fatos passados, aplicando-se a pena privativa de liberdade da nova, mantendo-se a pena de multa da antiga. Com isso fica patente que o juiz não está "criando" uma terceira, ou seja, o juiz não está 'inventando' nenhum tipo de sanção: apenas vai aplicar as partes benéficas de cada lei, aprovada pelo legislador. O que está vedado ao juiz é ele 'inventar' um novo tipo de sanção. Isso não pode. Aplicar tudo aquilo que foi aprovado pelo legislador o juiz pode (e deve). (in "Nova Lei de Drogas: retroatividade ou irretroatividade?" Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1235, 18 nov. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9170>>).

Os conflitos intertemporais oferecem grande dificuldade aos doutrinadores e não menos aos julgadores, sendo que também a jurisprudência é conflitante, ora entendendo que a escolhida deve ser aplicada integralmente, examinada em seu conjunto a que mais favorece o réu ou apenado, ora, diante do caso concreto, os juízes e tribunais não têm hesitado em mesclar os aspectos favoráveis de cada uma das normas, sob pena de não se aplicar os princípios básicos já estudados.

A polêmica é antiga e, quando da 1ª Conferência dos Desembargadores, reunida no Distrito Federal, em julho de 1943, entre as conclusões tiradas, a de número XXXIX, admitiu a imposição simultânea de duas leis sucessivas:

É admissível a aplicação simultânea da Consolidação das Leis Penais e do Código Penal, em se tratando de delito anterior a 1 de janeiro de 1942, naquilo em que cada uma dessas beneficie o réu. (Aprovada por 21 votos). (in SPÍNOLA FILHO,

Eduardo. Código de Processo penal Anotado. Vol. V., 3. ed., Rio de Janeiro. Borsoi: 1995, p. 486).

Alberto Silva Franco, in "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", vol. 01, tomo 01, 6. ed., 1997, p. 80, faz referência a várias jurisprudências num e noutro sentido, e vários julgados dos Tribunais de São Paulo se inclinam pelo segundo entendimento.

Já se externou, em oportunidade anterior, quando diante de conflito gerado pela sucessão de outras leis, a adesão ao entendimento esposado por Nelson Hungria, quando se pensava que mesclar as duas normas implicaria em estar criando uma terceira híbrida, que sequer foi promulgada, todavia, depois de muitas dúvidas e aprofundado estudo da matéria, chegou-se ao convencimento de que a questão prioritária é a aplicação do princípio constitucional da retroatividade ou da ultra-atividade da norma mais benigna, estabelecido, agora, sem limites, e, repita-se, já constava do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, portanto, em virtude disso, passou-se a entender que podem ser consideradas simultaneamente normas benéficas ao réu contidas nas duas leis.

Em conseqüência, não se pode fixar abstratamente uma regra. No caso concreto, se não for possível encontrar entre as leis sucessivas a que favoreça integralmente o agente ativo (o que seria ideal), há necessidade da determinação simultânea de parte das duas normas, uma retroagindo e outra tendo ultra-atividade. Entende-se, nessa hipótese, que o melhor é fazê-lo, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, presentes implicitamente por todo o texto constitucional, assim como o da equidade, que tem sido um precioso auxiliar do julgador ao interpretar a norma diante do caso concreto.

Assim, cabia realmente ao Tribunal a quo aplicar a norma retroativamente, posto que a novel legislação foi editada após a prolação da sentença condenatória.

Já há, nesse sentido, precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

*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 constrição ilegal.

2 - É de rigor a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 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. (STJ - HC 88.114/Ms - Relator: Ministro Paulo Gallotti - Sexta Turma - DJ de 03.12.2007, p. 369).

Criminal. HC. Tráfico ilícito de entorpecentes. Dosimetria. Óbice do regime integralmente fechado afastado. Possibilidade de substituição de pena corporal por restritiva de direitos. Regime prisional. Lei 11.464/2007. Nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Redução da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Normas de natureza penal. Retroatividade. Norma mais benéfica. Inexistência de limite temporal. Instituto mais benéfico ao acusado. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Possibilidade de redução do *quantum* da reprimenda. Ordem concedida.

I. Hipótese em que o paciente foi condenado pela prática de delito equiparado a hediondo - tráfico ilícito de entorpecentes - e ao cumprimento da pena em regime fechado, vedada a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

II. Esta Corte, em acolhimento ao julgado proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 82.959/SP - que declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 - vinha decidindo pelo afastamento do óbice do referido dispositivo, para reconhecer o direito aos apenados pela prática de crimes hediondos do benefício à progressão de regime prisional.

III. Com o advento da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, o regime de cumprimento das penas previstas no dispositivo é o inicialmente fechado.

IV. Dissipada a vedação legal à progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo, resta ultrapassada a argumentação utilizada para vedar a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, eis que, à época dos fatos, a Lei 11.343/06 ainda não havia entrado em vigor.

V. A lei penal mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com os artigos 5º, inciso XL, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do Código Penal.

VI. A Carta Magna não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna e o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, lei posterior de qualquer modo favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores.

VII. A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.

VIII. Tendo a pena-base sido aplicada acima do mínimo legal, resta evidenciada a possibilidade de redução da pena privativa de liberdade, com base no entendimento firmado nesta Corte.

IX. Afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, deve ser reconhecido o direito do paciente ao pleito da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabendo ao Julgador monocrático verificar a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei, devendo, igualmente, ser analisada a possibilidade de redução da reprimenda de um sexto a dois terços, com base no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

X. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ - HC 73.767/RJ - Relator: Ministro Gilson Dipp - Quinta Turma - DJ de 06.08.2007, p. 573).

*Habeas corpus*. Penal e processual penal. Tráfico de entorpecentes. Causa de diminuição da pena. Art. 33, § 4º, da Lei 11.313/06. Retroação da lei penal nova mais benéfica. Inconstitucionalidade de todo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Análise dos requisitos pelo juízo da execução. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, parcialmente concedida.

1. Não obstante ter sido a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 incidental e, com efeito, *ex nunc*, incompreensível seria a aplicação do aludido ato normativo em outras causas envolvendo crimes hediondos, ou a eles equiparados, após ter sido considerado pelo Supremo Tribunal Federal como violador de princípios inscritos na Constituição Federal. Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, afastou o óbice à execução progressiva da pena aplicada aos condenados pela prática de crimes hediondos, ou a eles equiparados, possibilitando, também, a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, para esses delitos praticados antes do advento das Leis 11.343/06 e 11.464/07.

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 meses a 15 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 mellius*).

5. Ordem conhecida em parte, e nesta extensão, parcialmente concedida para determinar ao Juízo da Execução que analise se estão 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 mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, bem como as demais condições do cumprimento da pena e sua possível substituição por restritivas de direito. (STJ - HC 83.361. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ de 22.10.2007, p. 334).

Não tenho dúvida de que, na hipótese, impõe-se à obediência ao comando constitucional contido no inciso XL, do art. 5º, da Constituição da República, bem como ao parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal, que determina: “a lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Já espousei o posicionamento de que a redução não deveria levar a pena a quem do mínimo de um ano e oito meses, previsto na Lei 11.343/07, com a aplicação do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, entretanto, acabei por me convencer de que não é lícito sobrepujar os rigores da lógica, que, na interpretação presente, é formal e não jurídica, aos fins político-criminais considerados na nova lei, de individualizar com precisão todos os gêneros de atividades presentes no tráfico.

Ainda verifico, de ofício, mas considerado o parecer do Ministério Público Federal, que a causa de aumento constante no artigo 18, IV, da Lei 6.368/76 foi recepcionada pela Lei 11.343/06, em seu artigo 40, III, mas teve fixado um patamar menor, podendo variar entre 1/6 e 2/3. Deste modo, o aumento de pena em 1/3, fixado em razão da antiga Lei, deve ser modificado, para se adequar ao novo limite.

Vejo também, tal como bem demonstrado pela Subprocuradoria-Geral da República, que a paciente sempre fez jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto teve a análise das circunstâncias judiciais em seu favor, tanto que sua pena-base ficou no mínimo legal.

Tal entendimento guarda consonância com a decisão unânime da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, publicada em 02 de março de 2007, que deferiu o benefício ao julgar o HC 88.879, relativo ao crime de tráfico de drogas praticado sob a vigência da antiga Lei Antidrogas. Vejamos:

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 - HC 88.879 - Rel. Ricardo Lewandowski - Primeira Turma - DJ 02.03.2007).

Ainda mais recentemente, em 19 de abril de 2007, o Supremo Tribunal Federal, desta vez por meio de seu Plenário, na votação do HC 85.894, ratificou tal entendimento:

*Habeas Corpus*. 2. Tráfico de entorpecentes. 3. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Ausência de proibição expressa na Lei 8.072/90 que impeça a concessão de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecente. 5. Definição da espécie da pena deve ser anterior à fixação do regime de seu cumprimento. 6. Precedentes. 7. Ordem deferida. (STF - HC 85.894/RJ - Rel. Min. Gilmar Mendes - Tribunal Pleno - Pub. no DJ em 28.09.2007, p. 28).

Também neste Sodalício, muitos são os precedentes:

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. 1. Substituição da pena privativa de liberdade. Inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8072/90. Possibilidade. Acórdão proferido antes da Lei 11.343/06. 2. Ordem concedida.

1. Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por

restritiva de direitos, mesmo em crime de tráfico de entorpecentes, diante da inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8072/90. Condenação anterior à Lei nº 11.343/2006. 2. Ordem concedida. (STJ. HC 67824. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma. DJ 01. 10. 2007).

*Habeas corpus*. Execução penal. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Crime hediondo. Progressão de regime prisional. Regime inicial aberto. Observância do disposto no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º do Código Penal. Substituição da pena. Possibilidade. Precedentes desta Corte Superior e do Pretório Excelso.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, fica afastado o óbice que impedia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

2. Com a publicação da Lei nº 11.464/07 restou, de vez, afastado do ordenamento jurídico, pelo legislador ordinário, o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.

3. Por consequência, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Outrossim, resta superado o único óbice à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados, o qual residia no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado.

5. Ordem concedida para, reformando a sentença penal condenatória e o acórdão ora impugnado, assegurar ao Paciente o regime inicialmente aberto para cumprimento da pena, e determinar, ainda, que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame dos requisitos objetivos e subjetivos autorizadores do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Por se encontrar em idêntica situação processual, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos da presente decisão à co-ré Michelle de Jesus Américo. (STJ. HC 83491. Relator: Ministra Laurita Vaz. DJ 08.10.2007).

Por fim, entendo que o regime inicial de cumprimento da pena foi fixado como o fechado, desde o início, sem qualquer fundamentação válida.

É mister, lembrar que a Lei 11.464/07 não pode ser aplicada retroativamente na hipótese dos autos, por se tratar de lei mais gravosa, incidindo na proibição contida na Carta da República.

Por outro lado, se as circunstâncias judiciais foram consideradas em favor da ora paciente, deve-lhe ser imposto regime com elas consentâneo, consoante reiterada jurisprudência desta Corte, pois sob a égide da Lei 6368/76, declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado,

a sua imposição deve obedecer ao disposto no artigo 33, § 1º, "c", posto que se trata de condenado não reincidente, com pena inferior a quatro anos de reclusão, por conta das reduções ora operadas.

Posto isto, dou provimento ao recurso para efetuar sobre a pena-base, já imposta na sentença e confirmada pelo e. Tribunal estadual, a diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Passo a agir em *habeas corpus* de ofício, para reduzir o patamar de aumento pela causa prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/06 para 1/6.

Com esta redução, passo a pena, de quatro anos, para três anos e seis meses e multa de cinquenta e oito dias-multa. Reduzo-a ainda em dois terços, ou seja, passo-a para um ano e dois meses de reclusão e a multa aos dezenove dias-multa, a unidade fixada em seu mínimo legal, porquanto a análise das condições judiciais e as previstas no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, são inteiramente favoráveis ao paciente.

Concedo ordem de ofício para substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo.

A prestação de serviços à comunidade será, por prazo igual ao da pena, devendo o Juiz da Execução Penal indicar o local em que ela deverá ocorrer, bem como suas condições, observados os ditames legais. A prestação pecuniária será em favor de entidade pública, com destinação social, a ser designada pelo Juiz da Execução.

Por fim, também por meio de *habeas corpus* de ofício, determino que o regime de cumprimento da pena passe a ser o aberto, desde o início.

Comunique-se com urgência.

É como voto.

### Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura que negava provimento".

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 1º de julho de 2008. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no DJe de 1º.12.2008.)

...