

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.

Ordem concedida.

HABEAS CORPUS Nº 93.394-DF - Relatora: Ministra JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJMG)

Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Advogado: Luís Cláudio Varejão de Freitas - Defensor Público. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Paciente: Manoel Alves Montenegro.

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 unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto da Sr.^a Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sr.^a Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 26 de fevereiro de 2008 (data do julgamento). - *Ministra Jane Silva* (Desembargadora convocada do TJ/MG) - Relatora.

Relatório

MINISTRA JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJMG) (Relatora) - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Manoel Alves Montenegro contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que negou provimento à apelação criminal interposta pelo ora paciente, deixando de reconhecer a redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos, fixando o regime inicial fechado para o cumprimento da punição.

Alega o impetrante que o paciente, condenado como incurso nas penas do art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, teve indeferida a redução da pena, por entender aquela Corte Distrital ser impossível a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, não obstante ser tal entendimento contrário à jurisprudência deste Tribunal Superior.

Sustenta que a condenação do paciente ocorreu antes da vigência do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferido o pedido liminar, foram solicitadas informações à autoridade coatora, sendo elas devidamente prestadas.

Penal - Habeas corpus - Tráfico de drogas - Diminuição de pena da lei nova - Aplicação retroativa - Possibilidade - Fixação pelo juiz da execução - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Possibilidade - Escolha pelo juiz da execução - Ordem concedida

- É aplicável retroativamente, nos termos do disposto na Constituição da República e no Código Penal, a norma penal benéfica, mesmo em caso de sentença transitada em julgado.

- 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 de o réu ser beneficiado.

- A substituição da pena privativa de liberdade imposta a traficantes de drogas condenados sob a égide da antiga

A Subprocuradora-Geral da República, Célia Regina Souza Delgado, opinou pela concessão parcial da ordem tão-somente para que seja determinada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Relatados, em mesa para julgamento.

Voto

MINISTRA JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJMG) - Examinei com cuidado as razões da impetração e vejo que assiste razão ao paciente.

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

A Carta Magna, ademais, 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, a lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal).

Exigiu o legislador para a concessão da diminuição - que não tem a natureza de atenuante genérica, porém de minorante específica, logo pode levar a pena aquém do mínimo legal, pois se está diante de um novo comando do legislador - que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Não se vê nos elementos dos autos qualquer indício de que o réu não seja primário, de bons antecedentes nem que se dedique à organização criminosa; e, no que se refere à atividade criminosa, deve ser entendida como a atividade permanente, e não a prática eventual do crime que se examina. Acrescente-se que, embora o juiz tenha examinado tão-só a primariedade do paciente, não considerou em seu desfavor as demais circunstâncias judiciais, que, assim, ante a omissão, devem ser consideradas em seu favor.

Entretanto, não pode este Tribunal examinar o quantitativo da diminuição a ser feita, pois implicaria revolvimento de provas, que não se tem nestes autos nem é compatível com a presente via a dilação probatória, razão pela qual deve ser examinada primeiramente pelo magistrado da execução penal, visto que a decisão condenatória já transitou em julgado.

Verifico também que devo acolher as pretensões da defesa no que diz respeito à possibilidade de substituição da pena nos crimes de tráfico de drogas praticados na vigência da Lei 6.368/76.

Mesmo sendo equiparado a hediondo o crime imputado ao paciente, referido benefício é plenamente cabível.

Por não existir qualquer disposição legal que proíba a substituição da pena privativa de liberdade por

restritivas de direitos nessa hipótese, não deve o intérprete restringir em hipótese em que o legislador não o fez.

Tal entendimento guarda consonância com a recente decisão unânime da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, publicada em 2 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 de 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 entorpecentes. 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 de 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 art. 2º da Lei 8.072/90. Possibilidade. Acórdão proferido antes da Lei 11.343/06. 2. Ordem concedida.

1. Presentes os requisitos do art. 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 art. 2º da Lei nº 8.072/90. Condenação anterior à Lei nº 11.343/2006. 2. Ordem concedida (STJ - HC 67824 - Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura - 6ª Turma - DJ de 1º.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 conseqüência, 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. o 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 - Relatora: Ministra Laurita Vaz - DJ de 08.10.2007).

Assim, estando satisfeitos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal, é de rigor a substituição da pena do agente por restritivas de direitos.

Todavia, além de a presente via ser desprovida de dilação probatória, os elementos constantes nos autos não são suficientes para sopesar quais as melhores penas restritivas de direitos aplicáveis ao paciente, nem o quantum da diminuição pela minorante específica do art.

33, § 4º, da Lei 11.243/06, o que deverá ser feito primeiramente pelo Magistrado da Execução da Pena, possibilitando eventuais recursos ao paciente, caso não se conforme com a sua decisão.

Posto isso, concedo a ordem para reconhecer ao paciente o direito à causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343, que deverá ser aplicada pelo Juiz da Execução Penal, visto que a decisão já transitou em julgado e se trata de aplicação retroativa de norma ora vigente.

Ainda concedo a ordem para reconhecer ao réu o direito à substituição de sua pena por restritivas de direitos, que também deverá ser escolhida e imposta pelo Juiz da Execução Penal.

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 unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sr.ª Ministra Relatora".

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sr.ª Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 26 de fevereiro de 2008. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no DJe de 10.03.2008.)

...