

HABEAS CORPUS Nº 123.413 - RJ (2008/0273449-1)

IMPETRANTE : ROSANE REIS LAVIGNE - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PEDRO FERREIRA ARAÚJO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de PEDRO FERREIRA ARAÚJO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado Do Rio de Janeiro que, julgando recurso de agravo lá ajuizado pelo órgão ministerial, deu-lhe provimento, reformando a decisão do Juízo da Execução que reduziu em 1/6 a pena do paciente, por força do disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, restabelecendo a reprimenda imposta na sentença condenatória (Recurso de Agravo n. 826/2008).

Argumenta a ocorrência de constrangimento ilegal, visto que o Juízo das Execuções seria competente, sim, para decidir sobre a aplicabilidade ou não do previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, posto que se trata de lei posterior mais benigna, estando inclusive a questão pacificada pelo enunciado na Súmula n. 611 do STF, razão pela qual não poderia prevalecer a decisão do órgão colegiado, que entendeu diversamente, sob pena de ofensa aos arts. 5º, LX, da CF/88, o art. 2º, parágrafo único, do CP, e ainda o art. 66, I, da LEP, que confere competência àquele Juízo para examinar e aplicar os ditames de lei nova que, de qualquer forma, favoreça o condenado definitivamente.

Alega que a novel causa de especial redução de pena apontada é regra mais benéfica ao condenado, aplicando-se assim aos fatos cometidos anteriormente à sua edição e entrada em vigor, nos termos do art. 5º, LX, da CF/88, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, não cabendo ao Judiciário "*apresentar barreiras praticamente intransponíveis, que impedem o paciente de efetivamente usufruir da redução*", especialmente na hipótese em questão, já que da análise dos autos principais se verifica que o condenado é primário e possui bons antecedentes, nada indicando que integre organização criminosa ou se dedique à atividades delitivas, pelo que preenchidos estariam os requisitos legalmente previstos para a sua incidência.

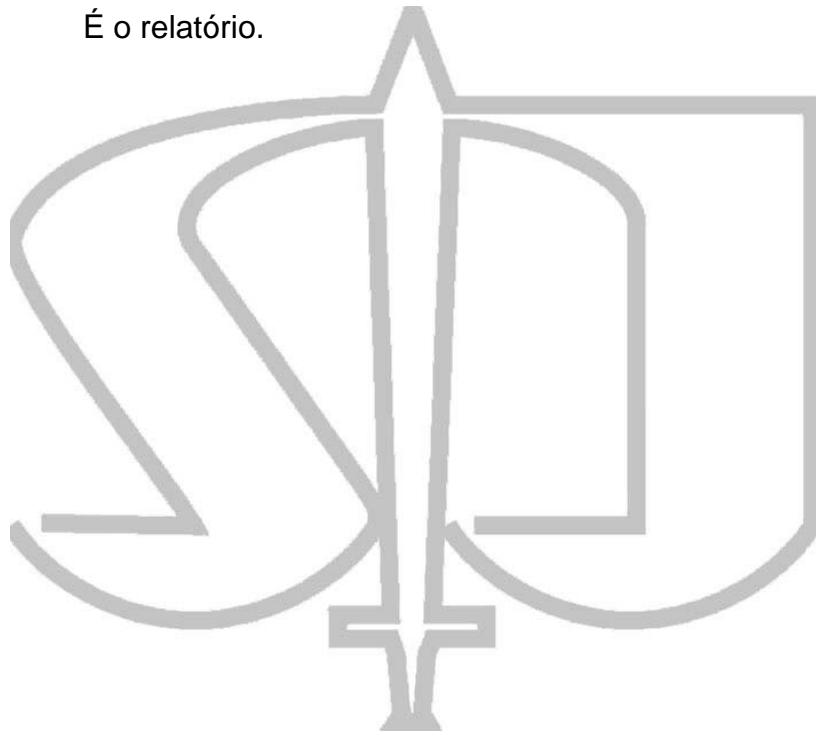
Superior Tribunal de Justiça

Requer, assim, a concessão da ordem mandamental, a fim de que seja cassado o aresto vergastado e restabelecida a decisão do Juízo da Execução, fazendo incidir a diminuição em seu grau máximo.

Solicitadas informações à autoridade impetrada, estas foram prestadas (fls. 42/445).

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

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 123.413 - RJ (2008/0273449-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Constata-se que, por sentença datada de 9-12-2002, o paciente foi condenado ao cumprimento de 4 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 66 dias-multa, por infração ao art. 12, *caput*, c/c art. 18, III, da Lei n. 6.368/76.

Segundo informações da autoridade impetrada, a requerimento da defesa, foi excluído o aumento decorrente do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, em virtude do início da vigência da Lei n. 11.343/06, que não mais a previa.

Consta também que o Juízo da Vara de Execuções Penais da comarca da Capital/RJ mitigou de ofício a pena imposta ao paciente na sentença, pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, reduzindo-a de 1/6, findando a sanção em 2 anos e 6 meses de reclusão.

Inconformado, o órgão ministerial interpôs recurso de agravo, alegando a incompetência do Juízo das Execuções para prolatar tal decisão, pois, no seu entender, não se trataria de mera operação aritmética, demandando a análise de dados relativos ao agente que necessitariam de instrução probatória, típica do processo de conhecimento, sustentando, portanto, o descabimento da redução por aquele Juízo, pleito que acreditava deveria ser deduzido em sede de revisão criminal.

O Tribunal originário, por seu turno, acolheu o recurso, reformando a decisão impugnada, sob os seguintes argumentos:

"Ao Juízo da Vara de Execuções Penais compete a execução do decreto condenatório prolatado pelo Juízo criminal, sendo certo que a Lei de Execução Penal autoriza, em seu art. 66, inciso I, que aplique aos casos julgados lei posterior mais benéfica ao condenado.

"Entretanto, tal autorização não se estende às hipóteses em que o emprego da nova lei exige a reavaliação do acervo probatório angariado no processo de conhecimento, sob pena de desrespeito à coisa julgada.

"Ora, a concessão da redução de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06 depende da análise de critérios subjetivos que não podem ser apreciados

com a mera observação da folha de antecedentes criminais, mas dependem de exame das provas colhidas no curso da instrução criminal.

"De fato, tão-somente a primariedade do condenado pode ser aferida a partir da sua folha de antecedentes criminais. A conclusão acerca dos bons antecedentes, da dedicação a atividades criminosas e da relação com organização criminosa requer uma instrução mais ampla, o que só é possível através das provas obtidas durante o processo de conhecimento.

"Sendo assim, conclui-se que a aplicação da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006 foge à alçada do Juízo executório" (fls. 35).

Inicialmente, ressalvo meu posicionamento no sentido da possibilidade de aplicação dos ditames mais benéficos da nova Lei de Tóxicos aos fatos cometidos anteriormente à sua vigência, mesmo quando já transitada em julgado a sentença condenatória, à luz do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, constitucionalmente previsto (art. 5º, XL, da CF), e em observância ao que dispõe o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, assim redigido: *"A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado"*.

Prevê o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06:

"§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

O crime definido no *caput* do art. 33 da nova legislação de tóxicos, é praticamente o mesmo pelo qual foi condenado a paciente - art. 12 da Lei n. 6.368/76 -, modificando o legislador tão-somente as penas mínima e máxima cominadas abstratamente para o delito, que foram elevadas para 5 e 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

Evidente, destarte, que a nova causa de especial diminuição da reprimenda é perfeitamente aplicável ao caso em exame, posto que se trata de norma de caráter preponderantemente penal, e, sendo mais benéfica, incide imediata e

Superior Tribunal de Justiça

retroativamente aos crimes cometidos anteriormente a sua vigência, independentemente da fase em que se encontrem, inclusive com sentença transitada em julgado, já em sede de execução.

Nesse vértice é a lição de FERNANDO CAPEZ, ao comentar as hipóteses de aplicação de lei posterior, consoante o disposto no art. 2º e seu parágrafo único, do Código Penal, e no art. 5º, XL, da Carta Magna:

"b) 'Novatio legis in mellius': é a lei posterior (novatio legis) que, de qualquer modo, traz um benefício para o agente no caso concreto (in mellius). A lex mitior (lei melhor) é a lei mais benéfica, seja anterior ou posterior ao fato. Quanto posterior, recebe o nome indicado neste item, significando nova lei em benefício do agente. Tanto na hipótese da abolitio criminis quanto na da alteração in mellius, a norma penal retroage e aplica-se imediatamente aos processos em julgamento, aos crimes cuja perseguição ainda não se iniciou e, também, aos casos já encerrados por decisão transitada em julgado. Qualquer direito adquirido do Estado com a satisfação do jus puniendi é atingido pela nova lei, por força do imperativo constitucional da retroatividade da lex mitior (art. 5º, XL)" (Curso de Direito Penal, Parte Geral, 10ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55).

A jurisprudência deste Superior Tribunal não diverge, leia-se:

"CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 18, INCISO III, DA LEI N.º 6.368/76. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 11.343/2006. ABOLITIO CRIMINIS. CAUSA DE AUMENTO AFASTADA DA CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NORMA DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. ORDEM CONCEDIDA.

"1- A nova Lei de Tóxicos revogou expressamente a causa de aumento de pena anteriormente disposta no art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, consistente na associação eventual para o tráfico configurando, assim, abolitio criminis.

"2- A aplicação retroativa da lex mitior é imperativo constitucional (artigo 5º, XL da Constituição da República e art. 2º do Código Penal), devendo, portanto, ser afastada da condenação do acusado, a referida causa de aumento de pena.

"3- 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 mais favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores.

"4- 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.

"5- Ordem concedida, para reformar a dosimetria da pena imposta ao paciente, excluindo de sua condenação a majorante do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, decorrente da associação eventual para o tráfico, e determinar, ainda, que seja 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" (HC n. 83.716/SP, rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Quinta Turma, j. em 6-9-2007 - grifamos).

"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 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" (HC n. 88.114/MS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 12-11-2007).

"CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA.

"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. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6.368/1976 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/2006, 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.

"3. Ordem concedida" (HC n. 82.587/RJ, Rel. Ministra MARIA

Superior Tribunal de Justiça

THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 6-5-2008).

E, no caso, foi esse o entendimento do Juízo da Execução, ao aplicar o previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, norma penal posterior mais favorável ao condenado definitivamente por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, e sobre a sanção cominada na antiga Lei Antitóxicos, circunstância que em momento algum foi questionada pelo órgão ministerial no recurso de agravo, diga-se.

Com efeito, limitou-se o *Parquet a quo* a insurgir-se quanto à competência do Juízo da Execução para aplicar o referido redutor, haja vista a necessidade, no seu entender, de dilação probatória para verificar se o paciente dedicaria-se ou não à atividades ilícitas ou faria parte de organização criminosa, procedimento que sustentou deveria ser sujeito a prova e contraprova nesse sentido, somente possível na via do processo de conhecimento, fundamento que restou acolhido pela Corte *a quo* que, julgando necessária a reavaliação do conjunto probatório produzido nos autos principais, afirmou a impossibilidade de o Juízo Executório aplicar a novel causa de mitigação *sub examine*, sob pena de ofensa à coisa julgada, reformando, assim, o *decisum* singular.

E assim decidindo, o Tribunal originário incidiu em constrangimento ilegal, sanável através da via eleita, visto que ao Juízo da Execução compete, nos termos do art. 66, I, da LEP, "*aplicar, aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado*". A matéria encontra-se inclusive sumulada pelo enunciado n. 611 do Supremo Tribunal Federal, que dita que: "*Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna*".

Em comentários ao inciso I do artigo 66 da LEP, JULIO FABBRINI MIRABETE esclarece:

"Tratando-se de norma cogente a respeito de competência, nem a circunstância de se ter que examinar a prova contida no processo de conhecimento afasta a competência do juiz da execução para deslocá-lo ao Tribunal na revisão, embora assim já se tenha decidido. Nessa hipótese, competente continua sendo o juiz encarregado da execução que deverá requisitar os autos da ação penal para apreciar a prova produzida na

Superior Tribunal de Justiça

instrução e aplicar a lei posterior quando mais favorável. Não se trata, evidentemente, de rescisão do julgado do juiz da sentença, mas da aplicação de nova lei sobre os fatos que foram objeto do processo. Não há modificação da res judicata, mas apenas a incidência da lei a respeito dessa matéria e dos demais elementos probatórios contidos nos autos e não apreciados pelo julgador original. Somente em hipótese em que, por outra razão, seja cabível a revisão (apresentação de novas provas, por exemplo) é que se poderá aceitar a aplicação da lei nova mais benigna no julgamento da rescisória" (Execução Penal. 11ª ed., Atlas:SP, 2007, p. 187).

Na hipótese em exame, verifica-se que a sentença condenatória foi proferida em 9-12-2002, não se tendo notícia da interposição de apelo por parte da defesa, aplicando-se, portanto, o enunciado sumular n. 611 do STF em sua integralidade.

Assim, competente o Juízo da Execução para aferir o preenchimento, ou não, pelo paciente dos requisitos legalmente exigidos para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, consistentes na primariedade, ausência de antecedentes criminais, não dedicação à atividades criminosas e não integrar organização criminosa, já que tal pode ser aferido do conjunto probatório produzido no processo principal, não se exigindo novas provas nesse sentido, merecendo destaque que a decisão do togado singular é sujeita à prévia manifestação do órgão ministerial, em fiel observância ao princípio do contraditório, e, caso positiva a decisão, estará sujeita a recurso pelo Ministério Público ou terceiro interessado, em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Desta forma, não pode subsistir a justificativa trazida pelo Tribunal originário para negar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, não havendo o que se falar em ofensa à coisa julgada, visto que, para concluir pela incidência ou não do redutor, deverá o Juiz Executório se utilizar daquilo que foi exposto e fundamentado pelo prolator da sentença, ressaltando-se que a própria Constituição Federal excepciona a regra da intangibilidade da coisa julgada, prevista no art. 5º, XXXVI, quando estabelece a retroatividade de lei penal nova mais benigna (art. 5º, LX); ou seja, em matéria penal, a Carta Constitucional possibilita a mutabilidade da coisa julgada quando há mudança no ordenamento jurídico que beneficie o

Superior Tribunal de Justiça

condenado.

Destarte, a decisão do Juízo da Execução merece restabelecida nos termos em que proferida.

Por outro lado não há como se conhecer do pedido de minoração da sanção no maior patamar previsto pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 - 2/3 (dois terços) - visto que a questão referente ao *quantum* utilizado pelo magistrado singular para diminuir a pena do paciente - 1/6 (um sexto) - não foi objeto de exame pela Corte originária, mostrando-se impossível a sua análise por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

Pelo exposto, conhece-se parcialmente do *writ* e, nesse ponto, concede-se a ordem para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão do Juízo da Execução que reduziu a pena do paciente por força da entrada em vigor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

É o voto.

