



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 785.698 - MG (2005/0163018-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : HELTON LUIZ CÂNDIDO DA SILVA
ADVOGADO : TÂNIA VALERIA LOPES MATTOS

EMENTA

PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO DO APELO NOBRE. CONDENAÇÃO POR INFRINGÊNCIA AO ART. 12 DA LEI 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). CONCESSÃO DE **WRIT**, PELO PRETÓRIO EXCELSO, DETERMINANDO QUE O STJ PROCEDA À DOSIMETRIA DA PENA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. NOVA LEI DE TÓXICOS MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM SEU PERCENTUAL MÁXIMO. REGIME ABERTO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA.

I - A c. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu pedido de **habeas corpus** ali interposto para determinar que esta e. Corte proceda à dosimetria da pena nos autos do apelo nobre.

II - Em homenagem ao princípio da extra-atividade da lei penal mais benéfica deve-se verificar qual a situação mais vantajosa ao réu, vedada a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.

III - Na hipótese, revela-se mais vantajosa a aplicação da nova lei, tendo em vista ter sido fixada a pena do recorrido no mínimo legal, aliado ao fato de fazer jus à aplicação da causa de diminuição em seu percentual máximo.

IV - Cometido o delito antes da vigência da Lei nº 11.347/2007 e satisfeitos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, deve ser fixado o regime prisional aberto.

V - Na hipótese, ante o disposto no art. 5º, inciso XL, da CF/88 e no art. 2º, parágrafo único, do CP, a retroação da lei mais benéfica deve abarcar todo o tipo penal do art. 33, o que não inclui a vedação ao **sursis** prevista no art. 44, por esta não se tratar de norma vinculada.

Questão de ordem resolvida para fixar a pena ao recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 785.698 - MG (2005/0163018-1)

QUESTÃO DE ORDEM

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado, em **27/05/2004**, como incurso no art. 16 da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos), à pena de 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto, mais pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Irresignado, apelou o **Parquet Federal**. A c. Terceira Câmara Criminal do e. Tribunal de origem, à unanimidade de votos, negou provimento ao recurso em v. acórdão assim ementado:

“TRÁFICO DE DROGAS - RETRATAÇÃO DO ACUSADO -DÚVIDAS SOBRE A PRÁTICA DO CRIME - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ARTIGO 16 DA LEI 6.368/76. A retratação em juízo deve ser considerada se se harmonizar com os demais elementos dos autos. As provas da denúncia são frágeis e não dão certeza de que realmente o acusado exercesse o comércio de drogas. Existindo dúvidas sobre a prática do crime de tráfico, há de se desclassificá-lo para o artigo 16 da Lei 6.368/76.” (fl. 138)

Destarte, foi interposto recurso especial pelo Ministério Público Federal, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da **Lex Fundamentalis**, ao argumento de que a decisão hostilizada partiu da falsa premissa de que o crime de tráfico exige a prova imprescindível do fim mercantil, quando é a conduta do artigo 16 da Lei nº 6.368/76 que exige a prova incontroversa da finalidade do uso próprio, pressuposto do tipo.

Contra-razões apresentadas.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo provimento do apelo excepcional em parecer assim ementado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. INVERSÃO DE VALORES. INEXIGIBILIDADE DA PROVA MERCANTIL. TIPO CONGRUENTE OU SIMÉTRICO. ESGOTA-SE NO DOLO. CONTRÁRIO. DELITO DE USO PRÓPRIO. EXIGE FINALIDADE. TIPO INCONGRUENTE OU ASSIMÉTRICO.

- Ao contrário do que pensa a Corte Colegiada Mineira, o tipo do artigo 12 da Lei nº 6.368/76 inexistia a prova cabal da finalidade mercantil, esgotando-se no dolo. Já o delito do artigo 16 da r. Lei exige além do dolo, a prova inequívoca da finalidade de uso próprio de substância entorpecente.

- Parecer pelo provimento, no mérito, do especial" (fl. 182).

Em sessão realizada no dia 04/04/2006, a 5ª Turma desta Corte, à unanimidade de votos, deu provimento ao recurso interposto. O acórdão, de minha relatoria, restou assim ementado:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TÓXICOS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TIPO SUBJETIVO. ESPECIAL FIM DE AGIR (FINS DE MERCANCIA). DESNECESSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

I – O tipo previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento (Precedentes).

II - O tipo previsto, no art. 16 da Lei nº 6.368/76, este sim, como delictum sui generis, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo exige a finalidade do exclusivo uso próprio (Precedentes).

Recurso provido." (fl. 212)

O julgado foi publicado no DJU de 22/05/2006.

Impetrado **habeas corpus** perante o Supremo Tribunal Federal, a 2ª Turma do Pretório Excelso, em 08/09/2009, por unanimidade, deferiu a ordem pleiteada para determinar que o Superior Tribunal de Justiça procedesse à fixação da pena pela condenação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta no recurso especial.

É o relatório.

EMENTA

PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. PROVIMENTO DO APELO NOBRE. CONDENAÇÃO POR INFRINGÊNCIA AO ART. 12 DA LEI 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). CONCESSÃO DE **WRIT**, PELO PRETÓRIO EXCELSO, DETERMINANDO QUE O STJ PROCEDA À DOSIMETRIA DA PENA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. NOVA LEI DE TÓXICOS MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM SEU PERCENTUAL MÁXIMO. REGIME ABERTO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA.

I - A c. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu pedido de **habeas corpus** ali interposto para determinar que esta e. Corte proceda à dosimetria da pena nos autos do apelo nobre.

II - Em homenagem ao princípio da extra-atividade da lei penal mais benéfica deve-se verificar qual a situação mais vantajosa ao réu, vedada a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.

III - Na hipótese, revela-se mais vantajosa a aplicação da nova lei, tendo em vista ter sido fixada a pena do recorrido no mínimo legal, aliado ao fato de fazer jus à aplicação da causa de diminuição em seu percentual máximo.

IV - Cometido o delito antes da vigência da Lei nº 11.347/2007 e satisfeitos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, deve ser fixado o regime prisional aberto.

V - Na hipótese, ante o disposto no art. 5º, inciso XL, da CF/88 e no art. 2º, parágrafo único, do CP, a retroação da lei mais benéfica deve abarcar todo o tipo penal do art. 33, o que não inclui a vedação ao **sursis** prevista no art. 44, por esta não se tratar de norma vinculada.

Questão de ordem resolvida para fixar a pena ao recorrido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A c. 2ª Turma do Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal concedeu ordem de **habeas corpus** ali impetrado para determinar que esta Corte proceda à fixação da pena pela condenação imposta no recurso especial.

Cumprindo o r. **decisum**, passo à dosimetria da pena.

O recorrido foi condenado como incurso no art. 12 da Lei nº 6.368/76.

Ante a revogação da Lei nº 6.368/76 pela Lei nº 11.343/06 e sendo vedada a combinação de leis, passo a analisar qual das duas, em sua integralidade, é mais benéfica ao recorrido, em homenagem ao princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica.

Pelo cotejo da Lei nº 6.368/76, que estabeleceu como pena para o delito em exame **sanção de 3 a 15 anos de reclusão**, ausente causa de diminuição, - o que significa que a pena mínima não pode ser menor do que três anos -, e a **nova lei** que prevê **pena de 5 a 15 anos** e **causa de diminuição** que poderá variar de 1/6 a 2/3, tenho que esta última revela-se mais vantajosa ao recorrido, ante as peculiaridades do caso. **Explico!**

A análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal revela que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal. Com efeito, a culpabilidade é normal ao tipo. Infere-se da certidão de antecedentes de fls. 54 que o recorrido é primário. Nos autos não há elementos suficientes para valorar a conduta social e a personalidade do agente. Os motivos são desconhecidos. As circunstâncias e conseqüências do delito não são desfavoráveis, pois a natureza do entorpecente (maconha) não revela maior nocividade à saúde pública, e a quantidade apreendida foi pequena (77 gramas).

Ausentes agravantes e atenuantes genéricas.

Ao que se tem, o recorrido não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, fato que, aliado ao favorecimento das circunstâncias judiciais, à natureza e à pequena quantidade de droga apreendida, possibilita a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu percentual máximo.

Assim, tomada a pena mínima prevista na nova lei (5 anos de reclusão) reduzida de 2/3 (dois terços), chega-se à pena final de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, muito menor, portanto, que a pena mínima prevista na Lei nº 6.368/76, de três anos de reclusão.

Reconhecida a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 82.959/SP, e não alcançado o recorrido pela vigência da Lei nº 11.464/07, fixo o regime prisional inicial aberto, porquanto preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a completa inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a expressa vedação contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, **verbis**:

"Art. 33. (...) "

*§ 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."* (original sem grifo)

In casu, ante o disposto no art. 5º, inciso XL, da CF/88 e no art. 2º, parágrafo único, do CP, tenho que a retroação da norma penal mais benéfica deve abarcar todo o tipo penal do art. 33, o que não inclui a vedação ao **sursis** prevista no art. 44, por esta não se tratar de norma vinculada, sendo, portanto inaplicável à hipótese.

Por esta razão, atendidos pelo recorrido todos requisitos do art. 77 do CP, suspendo a execução da pena privativa de liberdade a ele imposta pelo período de 04 (quatro) anos, devendo, neste prazo, ficar sujeito à observação e ao cumprimento de condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Vara de Execuções

Ante o exposto, voto no sentido de que a questão de ordem seja resolvida para fixar a pena do recorrido nos termos acima delineados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2005/0163018-1

REsp 785698 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 10554040059715

PAUTA: 17/12/2009

JULGADO: 04/02/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : HELTON LUIZ CÂNDIDO DA SILVA

ADVOGADO : TÂNIA VALERIA LOPES MATTOS

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de fevereiro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário