



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.763 - MG (2010/0105682-7)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : LUIZ ANTÔNIO ALVES REZENDE
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : LUIZ ANTÔNIO ALVES REZENDE

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA EXTRA-ATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pontificou, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.094.499/MG, ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (antiga lei de drogas).

2. Frise-se que não fica afastada, no caso concreto, a possibilidade de incidência da referida minorante à pena cominada no art. 33 da Lei nº 11.343/06, desde que tal operação seja mais favorável ao réu. Dessa maneira, conferir-se-ia aplicabilidade ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL) sem malferir-se o princípio da separação dos poderes, que veda ao Judiciário o exercício da função legiferante típica.

3. Considerando que o crime foi cometido na vigência da Lei 6.368/76, a quantidade de droga apreendida (doze gramas e nove decigramas de maconha), a pena aplicada (três anos de reclusão), bem como a primariedade do paciente e os seus bons antecedentes, entendendo ser possível a fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção corporal e viável a substituição por restritivas de direitos.

4. Ordem parcialmente concedida para de um lado, cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau e, de outro, para determinar que o Juiz das Execuções verifique, no caso concreto, e desde que mais favorável ao paciente, a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, observadas as balizas contidas no preceito secundário do referido artigo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

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

Brasília, 23 de novembro de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.763 - MG (2010/0105682-7)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Luiz Antônio Alves Rezende, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 12, **caput**, da Lei nº 6.368/76, a 3 (três) anos de reclusão, a serem cumpridos no regime aberto, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas medidas restritivas de direitos.

Inconformados, apelaram a defesa e a acusação, tendo o tribunal de origem, por maioria de votos, improvido o recurso do réu e dado provimento ao do Ministério Público a fim de decotar a substituição da pena privativa de liberdade, fixando o regime fechado para o início de seu cumprimento.

Opostos embargos infringentes, foram rejeitados nos termos da seguinte ementa:

EMBARGOS INFRINGENTES. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

Não há como aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, misturando-se com o art. 12 da Lei nº 6.368/76, uma vez que a aplicação da lei mais favorável ao réu deve ocorrer por inteiro e não de maneira fracionada. Em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, englobado no rol de crimes hediondos, é inviável a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Improvimento do recurso.

Daí o presente *writ*, no qual se busca a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por ser o paciente primário e de bons antecedentes e, ainda, por não pertencer a qualquer organização criminosa.

Pleiteia, ainda, a fixação do regime aberto e a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Indeferida a liminar e prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela **CONCESSÃO** da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.763 - MG (2010/0105682-7)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pontificou, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.094.499/MG, ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (antiga lei de drogas).

Eis a ementa do aludido acórdão:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO PRETÓRIO EXCELSO. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da lex mitior, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33.

III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, inocorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, 1ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão). Embargos de divergência providos.

Ordem de habeas corpus concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006. (ERESp nº 1.094.499/MG, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 18/8/2010)

O julgamento acima referido pacificou a jurisprudência das Turmas da Terceira Seção desta Corte.

Cumprе ressaltar que a questão acabou também por se sedimentar no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dado que recentes julgados, inclusive de sua egrégia Segunda Turma, proclamam pela impossibilidade de incidência do redutor em tela à pena cominada ao art. 12 da Lei nº 6.368/76, de três a quinze anos de reclusão.

Observem-se os julgados da Corte Suprema, consubstanciados nas seguintes ementas:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus. 2. Aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 a crime cometido sob a égide da Lei n. 6.368/76. Combinação de leis parcialmente concedida pelo STJ. Entendimento conflitante com recentes decisões desta Segunda Turma. 3. Questão, todavia, superada, sob pena de reformatio in pejus. 4. Ordem denegada, a fim de manter a decisão proferida pelo STJ. (HC nº 97.221/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/11/2010)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADIMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.

I - É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76. Precedentes.

II - Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Precedentes. III - É possível a fixação de regime inicial fechado quando a pena é em patamar inferior a quatro anos, e existirem circunstâncias judiciais desfavoráveis contra o paciente ou fatos concretos a justificar a decisão.

IV - Ordem denegada.

(HC nº 103.159/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 10/9/2010)

Embora a jurisprudência tenha se assentado pela impossibilidade de combinação de diplomas legislativos, não fica afastada a hipótese de aplicação, se mais favorável ao réu, da minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 sobre o preceito secundário do referido dispositivo, cuja pena corporal varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Com tal operação, conferir-se-ia aplicabilidade ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL) sem malferir-se o princípio da separação dos poderes, que veda ao Judiciário o exercício da função legiferante típica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao outro ponto da impetração, tenho que a ordem comporta concessão.

Com efeito, por ocasião do julgamento do HC 167.849/MG (sessão do dia 25.5.10), salientei que com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime no crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.

Disse mais: a Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.

Impõe-se notar, ainda, que a Suprema Corte, no dia **1º.9.2010**, ultimou julgamento, decidindo, de forma majoritária, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/06.

De qualquer forma, considerando que o crime foi cometido na vigência da Lei 6.368/76 (19/08/2006), a quantidade de droga apreendida (doze gramas e nove decigramas de maconha), a pena aplicada (três anos de reclusão), bem como a primariedade do paciente e os seus bons antecedentes, mostra-se possível a fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção corporal.

Atento às mesmas balizas, restabeleço também a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, nos termos estabelecidos pelo Juiz de primeiro grau.

Vejam-se os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DELITO PRATICADO ANTES DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Na hipótese em exame, praticado o delito em 5/10/02 – portanto antes do advento das Leis 11.464/07 e 11.343/06 –, não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, ou seja,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 3 (três) anos de reclusão, impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena aplicada (3 anos de reclusão), em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal.

2. Dessa forma, sendo as circunstâncias judiciais valoradas de modo a fixar a pena-base em seu mínimo legal, o paciente, primário, condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa (art. 12, caput, da Lei 6.368/76), tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o início de cumprimento da condenação imposta ao paciente e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, competindo ao Juízo das Execuções Criminais definir as condições para sua efetivação. (HC nº 91.181/SP, Relator o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 10/3/08)

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS CONSIDERADA VEDADA EM RAZÃO DA NATUREZA DA INFRAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. PERMUTA ADMISSÍVEL. PROIBIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 E DO 44 DA NOVEL LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA.

1. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, se o delito foi praticado ainda na vigência da Lei n. 6.368/76.

2. As vedações constantes no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei n. 11.343/06 não são aplicáveis aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecente praticado na vigência da antiga Lei de Tóxicos.

(...)

(HC 134.002/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 9/2/10, DJe 15/3/10).

Diante do exposto, concedo parcialmente a ordem para, de um lado, cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau e, de outro, para determinar que o Juiz das Execuções verifique, no caso concreto, e desde que mais favorável ao paciente, a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, observadas as balizas contidas no preceito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

secundário do referido artigo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0105682-7 **PROCESSO ELETRÔNICO HC 175.763 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10035060841257 35060841257

EM MESA

JULGADO: 23/11/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ ANTÔNIO ALVES REZENDE
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : LUIZ ANTÔNIO ALVES REZENDE

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:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

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

Brasília, 23 de novembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário