



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.444 - SP (2012/0240895-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA CRISTINA DE SIQUEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CORRUPÇÃO ATIVA E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO JULGADA. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. TRÁFICO COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA POR INTEIRO DA NOVA LEI. POSSIBILIDADE, SE MAIS BENÉFICA AO RÉU. ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER EFETIVADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PLEITOS PREJUDICADOS. PACIENTE QUE SE ENCONTRA EM REGIME ABERTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.
2. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei nº 11.343/06, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto.
3. A avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica à paciente, no caso concreto, dever ser realizada pelo Juízo das execuções, se constatada a presença dos requisitos legais para a redução pretendida.
4. Notícias advindas aos autos dão conta de que a paciente encontra-se em regime aberto, razão pela qual o objeto do *mandamus*, no que tange aos pleitos de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, encontra-se esvaído.
5. *Habeas corpus* parcialmente prejudicado e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções que verifique qual a lei mais benéfica à paciente: se a Lei nº 11.434/06, com a redução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista em seu art. 33, § 4º, se for o caso, ou se a Lei n.º 6.368/76.

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: A Turma, por unanimidade, julgou prejudicado em parte o pedido, e no mais, não conheceu do habeas corpus, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 20 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.444 - SP (2012/0240895-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA CRISTINA DE SIQUEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de ANA CRISTINA DE SIQUEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 993.05.019370-5).

Consta dos autos que a paciente foi denunciada pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, art. 333 do Código Penal, e art. 14, c.c. parágrafo único, IV, do art. 16, da Lei 10.826/03. Porém, foi condenada, em 6.5.2005, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, por infração ao art. 333 do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi convertida em restritivas de direitos, nos seguintes termos:

No dia 1.º de Março de 2005, às 16h40min., na Rua Joaquim Sanches Terron, Jundiaí-Mirim, nesta Comarca, foram surpreendidos, associados, logo após a venda, e trazendo com eles e tendo em depósito, para consumo, substância entorpecentes que causam dependência física ou psíquica, o que faziam sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta, também, que, na mesma oportunidade, os acusados ofereceram vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a omitir ato de ofício e, assim, foram surpreendidos quando possuíam uma arma de fogo, marca Taurus, calibre 38, numeração suprimida, de uso permitido, o que faziam sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Apurou-se, por meio de inquérito policial, que policiais militares receberam a notícia de que um casal praticava o comércio ilícito de drogas no Bairro Jundiaí-Mirim. Para lá se dirigiram e passaram a efetuar uma campanha nas proximidades, quando se depararam com os acusados e constataram a veracidade da notícia. Perceberam, então a ação associada e coordenada, com divisão de tarefas, que consistia em ser o acusado Sérgio abordado por transeuntes, motociclistas ou motoristas, quando havia troca de objetos e, em seguida, o valor obtido com a venda da droga era entregue à acusada Ana, que o guardava.

Feita a abordagem, em poder do acusado Sérgio foram apreendidos 14 invólucros contendo a substância entorpecente vulgarmente conhecida por *crack*, enquanto que, com a acusada Ana foi apreendida a importância de R\$ 90,00, em cédulas de R\$ 10,00. Os acusados, então, admitiram a prática do tráfico de entorpecentes e conduziram os policiais até um terreno



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

baldio, que se situa nas proximidades, de onde foram desenterrados outros 32 papelotes da substância entorpecente conhecida como cocaína.

Nessa oportunidade, os acusados ofereceram aos policiais uma arma de fogo, a fim de que não fossem eles presos em flagrante delito, o que, de forma simulada, foi aceito pelos policiais. Por isso, os denunciados dirigiram-se para uma favela próxima e ali a acusada Ana embrenhou-se retornando, em seguida, com a arma de fogo acima descrita, que portava na cintura. (...)

É forçoso concluir, pois, que o co-réu Sérgio Donato praticou o crime estabelecido no artigo 12 da Lei nº 6.368/76, enquanto que Ana Cristina cometeu tão-somente aquele estabelecido no artigo 333 do Código Penal, pelo que surge sua responsabilidade criminal pelas condutas típicas, antijurídicas e puníveis descritas na denúncia. De qualquer sorte, a primariedade dos acusados e a ausência de antecedentes criminais serão devidamente considerados à dosagem das penas e aplicação da Lei Penal.

Posto isso, julgo procedente a denúncia, mas apenas em parte, para, em consequência, condenar (...)

Ana Cristina de Siqueira, filha de Arcemiro de Siqueira e de Catarina de Siqueira, com o incurso nas sanções do artigo 333 do Código Penal, a 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (vinte) dias - multa, ca-leu lados em 1/10 do valor do salário-mínimo vigente ao tempo da infração. (...)

Conforme me possibilita o artigo 44 do Código Penal, preenchidas pela acusada Ana Cristina as condições legais exigidas à espécie (objetivas e subjetivas) e, ainda, atento aos critérios especiais do inciso III desse mesmo artigo, substitui a pena privativa de liberdade imposta, observado o disposto no artigo 55 do mesmo Código, pelas seguintes penas restritivas de direitos (...) Se revogada a substituição operada em favor da co-ré Ana Cristina, nos termos do disposto no artigo 44, parágrafo 4.º do Código Penal, desde já consigno que essa acusada iniciará o cumprimento da pena segregativa imposta em regime aberto, assim como lhe será permitido recorrer em liberdade (...) (fls. 25-34).

Irresignados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de origem. A Corte estadual proveu parcialmente o recurso ministerial e negou provimento ao recurso da paciente, nos seguintes termos:

No mérito, dos recursos tirados devem ser parcialmente providos o do Ministério Público, para condenar Sérgio também pelo crime de corrupção ativa e Ana Cristina pelo crime de tráfico de entorpecentes, e o de Sérgio, para afastar a incidência do regime integral fechado, em razão da vigência da Lei nº 11.464/07 e improvido o de Ana Cristina, mantida no mais a r. sentença recorrida.

Com efeito, vê-se dos autos que policiais militares de Jundiá tinham conhecimento, por denúncias anônimas, da realização do tráfico de entorpecentes por um casal e por isso se dirigiram para a rua Joaquim Sanches Toron, no bairro Jundiá Mirim, onde realizaram campanha; avistaram os recorrentes Sérgio e Ana Cristina e passaram a vigiar suas atitudes; >deservaram pessoas que chegavam ao local, entabulavam negociação com Sérgio e recebiam alguma coisa, fazendo a entrega de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outra, a coisa recebida por Sérgio era imediatamente entregue para Ana Cristina, que a guardava; abordaram, então, o casal e apreenderam em poder de Sérgio quatorze (14) pedras de "crack", embaladas individualmente e em poder de Ana Cristina foi apreendida a importância de R\$ 90,00 (noventa reais), divididas em notas de R\$ 10,00 (dez reais); no momento da prisão o casal admitiu a prática do proscrito comércio e acabou por indicar o local onde poderiam ser encontradas outras drogas; assim, dirigiram-se para um terreno baldio nas proximidades e lá apreenderam outras trinta e duas (32) porções de cocaína, também embaladas individualmente; o casal recebeu voz de prisão e na tentativa de conseguir a liberdade os dois ofertaram aos policiais, como pagamento, um revólver que possuíam, os policiais aceitaram a oferta e para a consecução levaram o casal até uma favela nas proximidades e lá a recorrente Ana, sozinha, foi até uma residência e retornou logo depois, trazendo em sua cintura um revólver da marca Taurus, calibre 38, com a numeração suprimida; conduzidos para o Distrito Policial os dois acabaram autuados em flagrante delito pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes (arts 12 e 14, ambos da Lei nº 6.368/76), corrupção ativa (art. 333, do CP) e porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida (art. 16, § único, inc. IV, da Lei nº 10 826/03).

O delito de tráfico de entorpecentes, praticado pelo casal, e não apenas por Sérgio, restou comprovado nos autos pelas provas realizadas.

A materialidade foi demonstrada pelo auto de exibição e apreensão, pelo laudo de constatação e, notadamente, pelo laudo de exame toxicológico de fls. 49, que comprovou tratar-se de pedras de "crack" e cocaína em pó, as substâncias entorpecentes apreendidas em poder de Sérgio e em local pelo casal indicado.

Sérgio, ao ser interrogado em juízo (fls 57), confessou a prática do proscrito comércio, informando ser amasiado com Ana Cristina e em razão de dificuldades financeiras aceito realizar o tráfico de drogas para "bafo", traficante de Jundiaí-Mirim e no dia dos fatos foi preso com trinta e dois (32) papelotes de cocaína isentou, entretanto, Ana Cristina de participação, informando que essa co-ré, ao saber de seu envolvimento com as drogas dele se separou; esclareceu que o dinheiro com ela apreendido era para o pagamento de uma conta; negou que as pedras de "crack" não lhe pertenciam, mas sim a adolescente Jonas; negou, por fim, ter feito oferta de uma arma aos policiais, esclarecendo que o revólver estava junto com as porções de cocaína.

(...)

Ana Cristina (fls 56) negou todos os fatos, informando que vivia amasiada com Sérgio, mas dele se separou ao tomar conhecimento do seu envolvimento com o tráfico; esclareceu que no dia dos fatos procurou por Sérgio para mais uma vez tentar afastá-lo do tráfico e acabaram discutindo; sentou-se na calçada e foi abordada pelos policiais, informou que o dinheiro que trazia consigo era para pagamento de um aparelho e negou a oferta aos policiais.

Ocorre, entretanto, que os policiais/militares Anderson Alexandre Braz Arantes e Sandro Gomes Nunes da Silva (fls. 72/74), informaram que tinham conhecimento do envolvimento do casal com o proscrito comércio e relataram a campanha feita no dia dos fatos, quando os viram realizando o tráfico de drogas; esclareceram que as drogas estavam com Sérgio, que as vendia e entregava o dinheiro arrecadado para Ana Cristina: informaram a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreensão de catorze (14) pedras de "crack" em poder de Sérgio e a importância de RS 90,00 (noventa reais) em poder de Ana Cristina e que o casal informou o local onde poderiam encontradas outras drogas, num terreno baldio nas proximidades lograram encontrar outras trinta e duas (32) porções de cocaína; informaram a oferta feita, de um revólver, para que não fossem presos e que fingiram aceita-la; Ana Cristina foi até uma residência na favela e retornou com um revólver na cintura, entregando-o aos policiais

Não se argumente de fragilidade da prova oral, por amparada com exclusividade nos depoimentos dos policiais, além da confissão extrajudicial do recorrente, pois referidas testemunhas apresentaram versão amparada nas provas dos autos, afirmando com segurança como se deu a abordagem, a apreensão das drogas em poder de Sérgio e do dinheiro em poder de Ana Cristina, bem como as suas prisões e, portanto, tais depoimentos devem ser recebidos com total credibilidade, haja vista que não há nos autos nada que indique que tivessem algum motivo lógico para incriminá-lo falsamente.

Imprescindível salientar que os depoimentos dos policiais não podem ser considerados suspeitos apenas e tão-somente porque são policiais, pois "Os servidores públicos, inclusive policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fielmente cumprirem seus deveres funcionais, têm, no desempenho de suas atuações, presunção de que agem escorreitamente, não se podendo ofensivamente presumir que os informes que, em testemunhos ou em documentos oficiais, oferecem aos seus superiores e à Justiça sejam ideologicamente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes (RT 411/266). Ademais, "A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita" (STF. RTJ 68/54). E, ainda "É inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento do policial deve ser recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório" (RT 530/372)

Cabe, ainda, salientar que é entendimento pacífico em nossa jurisprudência que os depoimentos de policiais não podem ser inquinados de parcialidade porque, constitucionalmente, são aptos como qualquer cidadão, a prestar testemunho sob o compromisso da lei. De outra forma, seria incoerente negar a quem tem por função salvaguardar a ordem pública a prestação de contas de sua função, justamente quando a cumpre a contento.

A suspeição somente se torna factível quando decorre de atos de parcialidade e motivado por vingança ou perseguição se comprovado de forma segura e objetiva. Não é suficiente a mera alegação por simplesmente serem os depoentes policiais.

A notícia anônima, que indicava o tráfico de drogas realizado pelo casal, a apreensão de drogas em poder de Sérgio e em local por eles indicado, a confissão judicial de Sérgio e os depoimentos prestados pelos policiais são provas seguras do proscrito comércio que era realizado por Sérgio e Ana Cristina, sendo de rigor suas condenações

Assim, de se negar, neste tópico, provimento ao recurso de Sérgio e dar provimento ao recurso do Ministério Público, para condenar Ana Cristina na mesma pena imposta a Sérgio. ou seja, de três (3) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e cinquenta (50) dias-multa, no piso, por infração do art. 12. "caput", da Lei nº 6.368/76.

Quanto ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não é o caso de se aplicá-lo. Conquanto o MMº Juiz de primeiro grau tenha reconhecido na sentença que o réu é primário e ostenta bons antecedentes, tal causa de diminuição de pena não deve ser aplicada aos crimes cometidos sob a égide da lei antiga, como o caso em testilha.

Embora a doutrina sustente que a norma mais favorável deve retroagir, o raciocínio não é tão simplista assim. Isto porque o dispositivo mais favorável só tem razão de ser quando ligado ao menos favorável, uma vez que o artigo 33, *caput*, recrudesceu as penas do tráfico ilícito de entorpecentes. Logo, o artigo deve ser aplicado na sua totalidade, e não apenas um parágrafo mais favorável, como o § 4º, pois estar-se-ia cindindo a norma, aplicando-se a parte favorável e deixando-se de aplicar a parte menos favorável.

Semelhante discussão já ocorreu quando da aplicação do artigo 366, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.271/96, (...).

(...)

É de ser negado, entretanto, provimento ao recurso do Ministério Público no tocante ao crime de associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76), porque não comprovada a reiteração dessa conduta, pois os recorrentes foram surpreendidos uma única vez realizando o comércio de entorpecentes e nas demais oportunidades em que abordados nada foi apreendido.

Estaria caracterizada a associação eventual, anteriormente prevista no art. 18, inc III. da Lei nº 6.368/76, pois surpreendidos juntos realizando o tráfico, mas essa figura não encontra mais tipificação na Lei nº 11.343/06, que hoje regula a matéria, havendo tão só a previsão da associação para o tráfico, prevista no art. 40.

De rigor, pois, a manutenção da i. sentença nesse ponto.

De ser provido, ainda, o recurso do Ministério Público no tocante ao crime de corrupção ativa, pois o casal, e não apenas Ana Cristina, ofertou aos policiais o revolver Taurus, calibre 38, de numeração suprimida, para pagamento de suas liberdades. Os dois policiais militares ouvidos, Anderson e Sandro assim informaram (fls 2/3 e 73/74) e a simples oferta de vantagem indevida se mostra suficiente para a configuração do delito, por se tratar de crime formal.

(...)

Provados, esses fatos, de rigor a condenação também de Sérgio, e não apenas de Ana Cristina, como determinado na r. sentença.

Aplica-se para Sérgio a mesma pena imposta para Ana Cristina, ou seja, de dois (2) anos de reclusão e dez (10) dias-multa, no piso.

Em relação ao crime do art 16. § único, inc. IV, da Lei nº 10.826/03, de rigor o improvimento do recurso do Ministério Público, pois embora a arma de uso permitido e com numeração suprimida tenha sido entregue aos policiais pela recorrente Ana Cristina, não sabe o local exato onde ela se encontrava, nem mesmo se essa arma pertencia ao casal. Ana Cristina se dirigiu até uma das casas da favela, não se sabe qual e retomou com aquela arma.

Não se sabe onde ou quem pegou, nem a quem pertencia e por isso não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se pode afirmar que eles já detinham a posse do revólver e a entrega aos policiais tinha fim específico, qual seja, de corrompê-los. comprando suas liberdades e por isso essa conduta fica absorvida pelo crime de corrupção.

Por fim, inviável a manutenção do regime integral fechado para o desconto da pena imposta a Sérgio, embota correta a fixação no momento da sentença, porque alteração legislativa posterior modificou o regime. A Lei nº 11.464/07 revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 e estabeleceu que os condenados pela prática de crimes hediondos iniciarão o cumprimento de suas penas no regime inicial fechado, estabelecendo, ainda, critérios para a progressão. Tratando-se de "novatio legis in melius". sua aplicação é imediata

Os recorrentes Ana Cristina e Sérgio deverão iniciar o cumprimento de suas penas no regime inicial fechado, porque praticaram crime de extrema gravidade, tráfico de entorpecentes, definido hediondo e de grande perigo social, circunstância que aponta ser o regime inicial fechado único apto a reprimir esse tipo de criminalidade, revogada a substituição da pena de Ana Cristina.

Assim posta a questão, pelo meu voto, rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pela defesa de Sérgio, de ser dado parcial provimento ao recurso do **Ministério Público**, para condenar a recorrente **Ana Cristina de Siqueira** ao cumprimento da pena de três (3) anos de reclusão e cinquenta (50) dias-multa, no piso, por infração do art 12. "caput", da Lei nº 6368/76 e para condenar **Sérgio Donato dos Santos** ao cumprimento da pena de dois (2) anos de reclusão e dez (10) dias-multa. no piso, por infração do art. 333, do Código de Processo Penal, ser dado parcial provimento ao recurso de Sérgio, tão só para estabelecer que as penas impostas aos réus-serão cumpridas no regime inicial fechado e negar provimento ao recurso de Ana Cristina, mantendo-se, no mais, a sentença recorrida (fls. 38/48) (grifou-se).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante visa "à redução da pena em razão da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06 (*novatio legis in melius* - aplicação retroativa) e a fixação do regime aberto, eis que o regime mais gravoso foi estabelecido com violação dos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana" (fl. 3).

Assere que "as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram todas consideradas favoráveis à paciente. Em razão disso, a pena foi fixada no mínimo legal" (fl. 4). Acrescenta que a paciente faz jus ao regime mais brando.

Sublinha que a paciente é primária, não possuindo antecedentes criminais.

Assinala que o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos referente ao delito de tráfico de drogas.

Requer, liminarmente, a aplicação do regime aberto para o início do cumprimento da pena. No mérito, pretende a aplicação retroativa do disposto no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, bem como a modificação definitiva do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto e a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida às fls. 78/81.

Foram prestadas informações às fls. 89/122, 124/145 e 165/172.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Pedro Henrique Távora Niess, pelo não conhecimento do *writ*, mas, se conhecido, pela concessão parcial da ordem (fls. 165/172).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.444 - SP (2012/0240895-1)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CORRUPÇÃO ATIVA E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO JULGADA. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. TRÁFICO COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA POR INTEIRO DA NOVA LEI. POSSIBILIDADE, SE MAIS BENÉFICA AO RÉU. ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER EFETIVADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PLEITOS PREJUDICADOS. PACIENTE QUE SE ENCONTRA EM REGIME ABERTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.
2. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei nº 11.343/06, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto.
3. A avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica à paciente, no caso concreto, dever ser realizada pelo Juízo das execuções, se constatada a presença dos requisitos legais para a redução pretendida.
4. Notícias advindas aos autos dão conta de que a paciente encontra-se em regime aberto, razão pela qual o objeto do *mandamus*, no que tange aos pleitos de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, encontra-se esvaído.
5. *Habeas corpus* parcialmente prejudicado e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções que verifique qual a lei mais benéfica à paciente: se a Lei nº 11.343/06, com a redução prevista em seu art. 33, § 4º, se for o caso, ou se a Lei nº 6.368/76.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O objeto deste *writ* diz com a aplicabilidade da causa especial de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, a delito praticado sob a égide da Lei n.º 6.368/76. Busca-se, ainda, a fixação do regime inicial aberto, bem como e a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.
(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Sempre vinha entendendo pela impossibilidade de aplicação retroativa da referida causa diminuição a fatos ocorridos na vigência da Lei n.º 6.368/76, conforme ocorre *in casu*, dado que não entendia correta a combinação de leis - de modo a criar uma terceira lei, híbrida e anômala.

Contudo, a Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei n.º 11.343/06, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto. É dizer, pode ser que, mesmo levando em conta o novo preceito primário, cuja pena mínima é maior (5 anos), se puder ser aplicada a minorante, resultando em uma pena final menor, haverá maior benignidade no novo regramento que, então, deverá ser retroativo, na sua inteireza.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Veja-se, não há combinação de leis, mas aplicação da lei mais benéfica ao réu, levando-se em consideração o caso concreto. Assim, poderá ser tanto a Lei n.º 6.368/76 como a Lei n.º 11.343/06, a que for mais benigna ao réu.

Confira-se, a propósito, a ementa do precedente da Seção:

"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.

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, incorrendo, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

Constata-se, *in casu*, que o Tribunal de origem, ao denegar a benesse em comento, fez menção apenas à impossibilidade de combinação das duas leis, entendendo ser incabível tal operação, sob pena de criação de uma terceira lei. Tais considerações, de acordo com o entendimento esposado, não servem para negar à paciente o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas.

Dessarte, no caso concreto, entendo que a avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica à paciente, deve ser realizada pelo Juízo das execuções, a quem incumbe verificar a presença dos requisitos exigidos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e, em caso positivo, definir o *quantum* de aplicação da causa de diminuição, para, somente após, comparar as penas e concluir qual norma deve incidir na espécie, conforme as balizas aqui expendidas.

Quanto aos pleitos de fixação do regime inicial aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, cumpre destacar que, em 11.3.2014, o Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Paulo/SP esclareceu que "em 20.2.2014, foi concedido o regime aberto" (fl. 165).

Dessarte, forçoso reconhecer que o objeto do presente *mandamus*, no que tange às referidas matérias encontra-se esvaído, haja vista que a paciente encontra-se em regime aberto.

Diante do exposto, **julgo parcialmente prejudicado** o presente *writ* e, no mais, dele **não conheço, mas concedo a ordem de ofício**, a fim de determinar ao Juízo das execuções que verifique qual a lei mais benéfica à paciente: se a Lei n.º 11.343/06, com a redução prevista em seu art. 33, § 4º, se for o caso, ou se a Lei n.º 6.368/76.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0240895-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 259.444 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2402005 8985713 993050193705

EM MESA

JULGADO: 20/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANA CRISTINA DE SIQUEIRA (PRESO)
CORRÉU	: SÉRGIO DONATO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas

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, julgou prejudicado em parte o pedido, e no mais, não conheceu do habeas corpus, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.