



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.760 - SP (2011/0076487-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIANA JORGE TODARO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANALYSA ALVES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES (ART. 18, III, DA LEI 6.368/76). CAUSA DE AUMENTO DE PENA. *ABOLITIO CRIMINIS*. (3) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. TEMA NÃO AGITADO/ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO INVIABILIDADE. (4) *WRIT* 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 recurso especial.

2. Não é possível a este Sodalício debruçar-se sobre matéria não tratada pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a questão relativa ao regime inicial de cumprimento de pena não foi agitada/enfrentada pelo Tribunal de origem. Ademais, a paciente foi beneficiada com o livramento condicional.

3. Imprescindível o reconhecimento do *abolitio criminis* no tocante à causa de aumento de pena previsto no art. 18, III, da Lei 11.343/06, primeira parte, diante do disposto na nova Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), a qual não contempla o concurso eventual de agentes como majorante.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a aplicação do art. 18, III, da Lei n.º 6.368/76, reduzindo as penas da paciente para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais 48 (quarenta e oito) dias-multa, para cada um dos crime (arts. 12 e 14 da Lei n.º 6.368/76), totalizando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 96 (noventa e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 26 de novembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.760 - SP (2011/0076487-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIANA JORGE TODARO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANALYSA ALVES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANALYSA ALVES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 990.09.241457-7).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, como incurso nos artigos 12 e 14, ambos da Lei nº 6.368/76, à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, em regime fechado, e 110 dias-multa, nestes termos:

Inicialmente, impende destacar que não é possível a combinação de aspectos benéficos de leis distintas, porquanto tal procedimento importa na criação de uma terceira lei não existente no ordenamento jurídico pátrio o que, certamente, caracteriza ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Assim, deve ser aplicada ao acusado a lei mais benéfica analisada em seu conjunto.

Não deve ser aplicada, *in casu*, a Lei nº 11 343/06 porquanto prejudica os acusados.

Com efeito, as penas estabelecidas pelo novel diploma legal são mais rigorosas e o § 4º do artigo 33, que prevê a diminuição de um sexto a dois terços da reprimenda, não se aplica aos acusados, uma vez que formaram associação estável para a prática reiterada do delito de tráfico de entorpecentes, além do fato de lima ter maus antecedentes (fls. 619/620).

Por conseguinte, deve ser aplicada a Lei n.º 6.368/76 por ser mais benéfica para os réus.

Em razão dos maus antecedentes da acusada lima noticiados a fls. 619/620. com fulcro no artigo 59 do Código Penal, aumento suas penas-base de um sexto, para fixá-las em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 58 (cinquenta e oito) dias-multa para o crime do artigo 12 da Lei n º 6.368/76, e em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 58 (cinquenta e oito) dias-multa, para o crime do artigo 14 do mesmo diploma legal.

Os demais acusados são primários e não ostentam antecedentes criminais.

De outra banda, considerando a expressiva quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes em questão, aumento as penas de todos de um sexto. Assim, as penas de José Ivan. Vanusa, Iara, Anderson, Analyza e Elias atingem o patamar de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 58 (cinquenta e oito) dias-multa para o crime do artigo 12 da Lei n º 6 368/76 e em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 58 (cinquenta e oito)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, para o crime do artigo 14 do mesmo diploma legal. Já as penas de Ilma passam a totalizar 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e 67 (sessenta e sete) dias multa para o crime do artigo 12 da antiga Lei de Tóxicos e 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e 67 (sessenta e sete) dias multa para o delito do artigo 14 da mesma lei.

Por fim, tendo em vista que as atividades mas. foram praticadas por oito pessoas, aumento as penas de todos de mais de um sexto.

Conseqüentemente, as penas de José Ivan. Vanusa, Iara, Anderson. Analysa e Elias chegam a 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e 67 (sessenta e sete) dias multa para cada um dos delitos. Já as penas de Ilma passam a totalizar 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 5 (cinco) dias de reclusão e 78 (setenta e oito) dias-multa para cada um dos crimes.

Na segunda fase da dosimetria da pena, as acusadas Iara, e Analysa devem ter suas penas atenuadas, porquanto eram menores de 21 (vinte e um) anos na data dos fatos (fls. 22 e 25/26). Assim, reduzo a penas das duas acusadas de um sexto, para fixá-las em 3 (três) anos. 4 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 55 (cinquenta e cinco) dias-multa para cada um dos crimes.

Outrossim, no tocante a Anderson, incide a atenuante consistente na confissão da autoria do crime de tráfico de drogas. Assim, reduzo as penas de tal crime de um sexto, fixando-as em 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 55 (cinquenta e cinco) dias-multa. Ressalto que como Anderson não confessou a associação para o tráfico, as penas do crime previsto no artigo 14 da antiga Lei de Tóxicos continuam em 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e 67 (sessenta e sete) dias-multa.

Por fim, na terceira fase de dosagem da reprimenda, não há causas de aumento ou diminuição de pena a serem constadas.

Ausentes outras causas modificadoras, torno definitivas as penas já estabelecidas. (...) Analysa as penas de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, mais 110 (cento e dez) dias-multa, fixado o dia-multa em seu valor unitário mínimo para todos os acusados. (fls. 7-28).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *verbis*:

Todas as penas comportaram aumento de 1/6, tendo em vista a expressiva quantidade e variedade de substâncias encontradas, além da causa de aumento da pena prevista no art. 18, III, da Lei 6.368/76, caracterizada pelo indiscutível concurso de agentes.

Por fim, considero que a r. sentença observou os preceitos do art. 381 do CPP, não se podendo falar em nenhuma irregularidade.

Por esses motivos, meu voto nega provimento aos apelos. (fl. 33)

Alega-se, no presente *mandamus*, que a sentença incorreu em *bis in idem*, pois aumentou as penas-bases dos dois crimes ao fundamento de que foram cometidos por oito pessoas, mas a paciente também foi condenada por associação para o tráfico, "o que presume a participação de outras pessoas" (fl. 2).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz, ainda, que o regime fechado foi fixado de maneira indevida, pois devem ser observados os critérios do art. 33 do Código Penal. Ressalta que a paciente preenche os requisitos para o regime semiaberto, em função da quantidade da pena e diante do "reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis na própria dosimetria da pena, como a primariedade e a ausência de reincidência" (fl. 3).

Acentua a iminência de se expedir mandado de prisão, o que evidencia o *periculum in mora*, salientando que permaneceu presa cautelarmente por mais de 3 (três) anos.

Ressalta a possibilidade de se deferir liminar em maior extensão, pois, considerando o tempo de prisão cautelar, a paciente já teria direito ao regime aberto.

Requer, liminarmente, a fixação do regime semiaberto. No mérito, pugna pela redução da pena e pela alteração do regime prisional.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 40-41.

As informações foram juntadas às fls. 45-276, 278-432.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 435-437, da lavra do Subprocurador-Geral da República Paulo de Tarso Braz Lucas, opinando pela parcial prejudicialidade, e, na parte cognoscível, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.760 - SP (2011/0076487-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES (ART. 18, III, DA LEI 6.368/76). CAUSA DE AUMENTO DE PENA. *ABOLITIO CRIMINIS*. (3) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. TEMA NÃO AGITADO/ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO INVIABILIDADE. (4) *WRIT* 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 recurso especial.

2. Não é possível a este Sodalício debruçar-se sobre matéria não tratada pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a questão relativa ao regime inicial de cumprimento de pena não foi agitada/enfrentada pelo Tribunal de origem. Ademais, a paciente foi beneficiada com o livramento condicional.

3. Imprescindível o reconhecimento do *abolitio criminis* no tocante à causa de aumento de pena previsto no art. 18, III, da Lei 11.343/06, primeira parte, diante do disposto na nova Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), a qual não contempla o concurso eventual de agentes como majorante.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a aplicação do art. 18, III, da Lei n.º 6.368/76, reduzindo as penas da paciente para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais 48 (quarenta e oito) dias-multa, para cada um dos crime (arts. 12 e 14 da Lei n.º 6.368/76), totalizando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 96 (noventa e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

In casu, todavia sequer será necessária a verificação de existência ou não de patente ilegalidade, de tal arte a justificar a cognição deste inusitado sucedâneo recursal. Isso porque a questão relativa ao regime inicial de cumprimento de pena não foi enfrentada pelo Tribunal de origem.

Nesse cenário, avançar-se sobre o assunto implicaria indevida supressão de instância.

Em hipóteses tais, eis a judiciosa compreensão desta Corte:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. **DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. 1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o *habeas corpus* utilizado em substituição ao recurso adequado. 2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível. Precedentes. 3. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente. **4. O tema referente à falta de fundamentação para fixação da pena, sequer foi questionado ou debatido na instância precedente, o que atrai o óbice da supressão de instância, tornando incabível o exame do pleito neste ponto.** 5. Nos termos do art. 44, I, do Código Penal, não cabe substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu condenado por crime cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, como ocorre na hipótese dos autos (e-STJ fl. 24). 6. Ordem não conhecida. (HC 261.498/DF, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 27/05/2013)

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. NARCOTRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ANTES DA NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRELIMINAR NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEBATIDA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM 17.01.2010. LIBERDADE PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DE TODAS AS PRISÕES PROVISÓRIAS. ART. 93, IX DA CF. CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA NO CASO CONCRETO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA (50 GRAMAS DE *CRACK*). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE QUE FUGIU DA CADEIA LOGO APÓS O FLAGRANTE. PARECER DO MPF PELA DENEGACÃO DO *WRIT. HABEAS CORPUS* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DENEGADA A ORDEM. 1.

A partir da leitura da ementa e do inteiro teor do acórdão combatido, verifica-se que a questão relativa à nulidade alegada pela defesa não foi analisada pelo Tribunal de origem, fato que impede a manifestação desta Corte sobre o tema, sob pena de indevida supressão de instância. Com efeito, não compete a esta Corte a análise de matéria não debatida nas instâncias ordinárias, nos termos do art. 105 da Constituição da República. Precedentes. 2. Todas as prisões antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória tem caráter cautelar e devem estar amparadas em algum dos pressupostos do art. 312 do CPP; dessa forma, a adequada fundamentação da decisão judicial que a decreta ou que a mantém (no caso de prisão em flagrante), ainda que se trate de crime hediondo ou a ele equiparado, como na hipótese de tráfico de drogas, é requisito fundamental e indispensável para a sua validade no nosso ordenamento jurídico, em face do disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, que não pode ser excepcionado por norma de caráter infraconstitucional. 3. No caso concreto, presentes indícios veementes de autoria e provada a materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, tendo em vista a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (50 gramas de *crack*), e a condição de foragido do paciente, tudo a indicar que este faz do tráfico seu meio de vida. 4. *Habeas Corpus* conhecido em parte e, nessa parte, denegada a ordem. (HC 173.595/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 27/06/2011)

Cumpre registrar que, segundo as últimas informações, a paciente foi beneficiada com o livramento condicional.

Ademais, imprescindível o reconhecimento do *abolitio criminis* no tocante à causa de aumento de pena previsto no art. 18, III, da Lei 11.343/06, diante do disposto na nova Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), que não contemplou o concurso eventual de agentes como majorante.

Com efeito, o inciso III, do artigo 18, da Lei 6.368/76, era formado por duas partes, sendo a primeira referente ao concurso eventual de agentes, *verbis*:

Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) e 2/3 (dois terços):
(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III- se qualquer deles decorrer de **associação** ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação. (grifo nosso).

É de ver que a superveniência de lei que ab-roga as anteriores, na espécie a Lei 11.343/06, ensejando o *abolitio criminis*, tem sua aplicação retroativa e imediata, conforme o teor do art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal, fato que exclui, portanto, a aplicação do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, no que tange à primeira parte (concurso eventual de agentes).

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 18, III, DA LEI N. 6.368/76. *ABOLITIO CRIMINIS*. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO NO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE PEÇAS ESSENCIAIS. I- Cabem embargos de declaração, nos termos do art. 619, do Código de Processo Penal, quando a decisão revelar-se omissa, contraditória, obscura ou ambígua, sendo admitidos, outrossim, para corrigir eventuais erros materiais. II- **Verificada a *abolitio criminis* apenas com relação à majorante pelo concurso eventual para a prática dos delitos da Lei de Tóxicos, pois a causa de aumento de pena prevista no art. 18, inciso III, segunda parte, da Lei n. 6.368/76, não foi revogada pela Lei n. 11.343/06.** III-Tratando-se de agravo mal instruído, em que não foram encartadas aos autos cópias das principais peças do processo, não é possível asseverar, com a segurança necessária, os fatos que ensejaram a aplicação da referida majorante, não sendo possível o reconhecimento da causa extintiva de punibilidade prevista no art. 107, III, do Código Penal. IV- Embargos de declaração acolhidos para sanar a omissão, nos termos expostos. (EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1221240/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 24/10/2013)

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 6.368/76. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO EM SEDE DE WRIT. MATÉRIA A SER EVENTUALMENTE DEBATIDA EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. FLAGRANTES ILEGALIDADES EVIDENCIADAS. MAJORANTE DO CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES. *ABOLITIO CRIMINIS*. REGIME PRISIONAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DO ART. 33 DO CP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I. A substituição da revisão criminal pelo habeas corpus somente é admitida quando a análise do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que se infere na hipótese dos autos. II. **Com o advento da Lei n.º 11.343/2006, que revogou expressamente o a Lei n.º 6.368/1976, não foi mantida a previsão de majorante pelo concurso eventual para a prática dos delitos da Lei de Tóxicos,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo ser reconhecida a *abolitio criminis* no tocante ao inciso III do artigo 18 da vetusta Lei nº 6.368/76 (Precedente). III. A Terceira Seção entende que a aplicação retroativa do § 4º do artigo 33 da novel Lei de Drogas deve ser verificada, caso a caso, a fim de ser aferir a situação mais vantajosa ao condenado, isto é, se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei com a incidência da causa de diminuição, sem se admitir, contudo, a combinação dos textos legais, sob pena de contrariar a lógica da nova legislação, criando uma norma híbrida. IV. Com esteio na Súmula/STF nº 611, deve ser determinado ao Juízo das Execuções que proceda à análise da viabilidade da aplicação integral da novel Lei de Tóxicos ao fato ocorrido antes da sua entrada em vigor. V. Compete ao Magistrado de 1º grau igualmente verificar a possibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, considerando o fato de o Plenário do STF ter declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33. IV. Tratando-se de crime de tráfico cometido antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007, em observância ao princípio da irretroatividade in pejus, faz-se mister reconhecer a impossibilidade de fixação do regime inicialmente mais gravoso, sem que o Juízo tenha procedido à análise dos critérios trazidos pelo art. 33 do Estatuto Repressor Penal. V. Deve ser determinado ao Juízo das Execuções que, afastada incidência do art. 18, III, da Lei 6.368/76, readeque a pena imposta ao ora paciente e verifique a viabilidade de aplicação retroativa da Lei 11.343/06, devendo, ainda, analisar a possibilidade de conversão da pena corporal em restritiva de direitos e de fixação de regime menos gravoso para o desconto inicial da reprimenda. VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 220.589/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 14 C/C ART. 18, INCISO III, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. *ABOLITIO CRIMINIS*. PROGRESSÃO DE REGIME. TESE SEQUER SUSCITADA PERANTE A AUTORIDADE COATORA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. I - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, qual seja, o alto grau de culpabilidade do paciente (Precedentes). II - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de *habeas corpus*. III - A nova lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) não prevê o concurso eventual de agentes como causa de aumento de pena. Dessa forma, forçoso reconhecer *abolitio criminis* em relação à majorante prevista no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76. IV - Tendo em vista que a tese de progressão de regime não foi sequer suscitada perante a autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de supressão de instância (Precedentes). Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, parcialmente concedida para afastar a aplicação do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tóxicos). (HC 129.668/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 03/05/2010)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES.... ART. 18, INCISO III (PARTE INICIAL), DA LEI N.º 6.368/76. NOVA LEI DE TÓXICO. RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 4. A causa especial de aumento pela associação eventual de agentes para a prática dos crimes da Lei de Tóxicos, anteriormente prevista no art. 18, inciso III (parte inicial), da Lei n.º 6.368/76, não foi mencionada na nova legislação, devendo, pois, ser retirada da condenação da ora Recorrente, em observância à retroatividade da lei penal mais benéfica. 5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para assegurar à ora Recorrente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Concedido habeas corpus de ofício, para excluir da condenação a majorante do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, decorrente da associação eventual para a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. (REsp 843.508/RN, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 24/9/07)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 18, INCISO III, DA LEI Nº 6.368/76. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO. REVOGAÇÃO. LEI Nº 11.343/2006. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. A Lei nº 11.343/2006, que revogou expressamente a Lei nº 6.368/76, não prevê como causa de aumento de pena a associação eventual de agentes para o cometimento dos crimes nela previstos, o que demonstra o reconhecimento expresso por parte do legislador da insubsistência jurídico-penal da circunstância majorante inculpada no artigo 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76. 2. *Habeas corpus* de ofício. Agravo regimental prejudicado. (AgRg no REsp 364.453/DF, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ 25/6/07)

Assim, necessário redimensionar a pena. Mantenho as penas-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 58 dias-multa, quanto ao crime do art. 12 da Lei 6.368/76, e em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 58 dias-multa, quanto ao crime do art. 14 da Lei 6.368/76. Deixo de aplicar o aumento de 1/6 (um sexto) relativo ao art. 18, III, da mesma Lei. Todavia, reduzo a pena em 1/6 (um sexto) em razão da atenuante da menoridade. Na terceira fase da dosimetria, não há causas de aumento ou diminuição a serem consideradas, tornando a reprimenda definitiva para cada um dos crimes em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Mas concedo a ordem, de ofício, a fim de afastar a aplicação do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, reduzindo as penas da paciente para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais 48 (quarenta e oito) dias-multa, para cada um dos crime (arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76), totalizando 5 (cinco) anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 10 (dez) meses de reclusão, mais 96 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0076487-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 202.760 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 38672006 990092414577

EM MESA

JULGADO: 26/11/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARIANA JORGE TODARO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANALYSA ALVES
CORRÉU	: JOSÉ IVAN DA SILVA
CORRÉU	: ILMA DAS NEVES JESUS
CORRÉU	: LUIZ FERNANDO DE SOUZA COSTA
CORRÉU	: VANUSA CENÁRIO SANTA ROSA
CORRÉU	: IARA AUGUSTA DA SILVA PIMENTEL
CORRÉU	: ANDERSON ALVES PEREIRA

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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