



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.009 - RS (2013/0138204-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RODRIGO RENTZSCH SARMENTO BARATA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CARLOS BRENNER

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AGRAVO EM EXECUÇÃO JULGADO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E PROGRESSÃO DE REGIME. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 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* REALIZADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. APLICAÇÃO INTEGRAL DA LEI N.º 6.368/76 CONSIDERADA MAIS BENÉFICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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. Os temas referente aos pleitos de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e progressão de regime não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. 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.

4. Na hipótese em apreço, o Colegiado estadual entendeu que a incidência da Lei n.º 6.368/76 seria mais benéfica ao paciente, razão pela qual manteve a aplicação, *in totum*, da legislação antiga. Não há fala, pois, em constrangimento ilegal.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de agosto de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.009 - RS (2013/0138204-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RODRIGO RENTZSCH SARMENTO BARATA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CARLOS BRENNER

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CARLOS BRENNER, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Agravo em Execução n.º 0381349-25.2012.8.21.7000).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 80 (oitenta) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 12, c.c. o artigo 18, inciso III, ambos da Lei n.º 6.368/76 (Processo n.º 001/2.05.0719376-9, da 9.ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre/RS).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso. Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Após o trânsito em julgado do feito, foi expedido mandado de prisão. Requerida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista na Lei n.º 11.343/06, o Juízo das execuções julgou prejudicado o pleito, em 14.6.2012, nestes termos:

Vistos.

Expeça-se mandado de prisão, com validade até 22.02.2023, para que o apenado dê início ao cumprimento da pena em regime FECHADO.

Com o recolhimento do sentenciado, voltem os autos conclusos, para detração do período em que esteve cautelarmente recolhido.

Outrossim, julgo prejudicado o pedido retro, tendo em vista que o apenado não iniciou o cumprimento de pena (fl. 39).

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução, que foi desprovido pelo Colegiado estadual em acórdão assim fundamentado:

O recurso é tempestivo e cabível, motivo pelo qual é conhecido.

Carlos Brenner foi condenado à pena de 04 anos e 04 meses de reclusão, em regime fechado, e multa, pela prática do crime de tráfico de drogas, ainda sob a égide da Lei n.º 6.368/76.

Com o trânsito em julgado, remeteu-se o processo à Vara de Execuções Criminais. A defesa peticionou perante esse Juízo postulando a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, tendo o Julgador Singular julgado prejudicado o pedido em face de o apenado não ter iniciado o cumprimento da pena.

Inconformada a defesa agravou.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pois bem, o recurso não merece provimento.

Antes, peço vênica para discordar do posicionamento adotado pelo Juízo *a quo* e reiterado no parecer lançado pelo Procurador de Justiça, de que a questão encontra-se prejudicada pelo fato de o apenado não ter dado início ao cumprimento da pena.

Entendo que inexistente vedação legal que impeça o Juízo *a quo* de analisar o pedido, uma vez que a condenação criminal já transitou em julgado e houve a remessa do processo à Vara de Execuções Criminais, sendo esse o Juízo competente para apreciação das questões incidentais vinculadas à esfera da execução da pena, como a do presente caso.

Inicialmente, por conta do princípio do duplo grau de jurisdição, deveria o processo retornar à origem para que o Julgador Singular analisasse o pedido.

Entretanto, excepcionalmente, visando dar celeridade ao julgamento da questão, bem como evitar a movimentação desnecessária de todo o aparato da máquina judiciária, que, como sabido, se encontra atropetado de serviço, levando em conta a questão ser pacífica nesta Câmara Criminal, julga-se o mérito da questão neste momento, já adiantando que não merece provimento o agravo.

Em que pese a jurisprudência colacionada pela defesa, sobre a aplicação do redutor de pena de que trata o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ao crimes praticados sobre a égide da Lei nº 6368/76, me posiciono pela não incidência, e o faço utilizando para tanto o voto proferido pelo eminente Des. Ranolfo Vieira nos autos da apelação crime nº 70016917882, que, por imelhorável, adoto como razão de decidir, até para evitar inútil e fastidiosa tautologia, passando a transcrevê-lo:

'A nova lei de drogas (Lei nº 11.343/06) prevê para o crime de tráfico ilícito de tóxicos (art. 33) penas mais graves do que as cominadas à mesma figura delituosa do art. 12 da revogada Lei nº 6.368/76. Enquanto esta estabelece penas de 3 a 15 anos de reclusão e multa de 50 a 360 dias-multa, a primeira eleva o mínimo legal da pena privativa de liberdade para 5 anos e comina pena de multa entre 500 e 1.500 dias-multa.

'Ao depois, no art. 40, a lei nova enumera majorantes, a maioria das quais não previstas na lei revogada.

'Por fim, o art. 42 da Lei nº 11.343/06 estabelece critérios diferentes dos postos na legislação anterior para o cálculo das penas: O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'.

'Assim, o § 4º do art. 33 da lei nova, invocado pelo ilustre Revisor para reduzir a pena aplicada ao apelante, refere-se a um contexto diverso daquele contemplado na lei em cuja vigência foi ele condenado.

'Há aqui uma hipótese de conjunto de normas legais novas, todas, com exceção apenas de uma, a invocada pelo Revisor, mais gravosas ao acusado. Não se pode separar, nesse caso, a norma mais favorável, desligando-a do conjunto em que inserida, para fazê-la retroagir, isoladamente, aplicando-a a outro conjunto, onde as penas já são mais leves e diferentes os critérios de sua aplicação.

'Esse é seguramente um dos casos em que a norma mais benigna só retroagiria se fosse possível fazer retroagir todo o conjunto em que inserida.'



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O mesmo raciocínio vale para o argumento de que a Lei nº 11.343/06 não prevê o aumento de pena então previsto no inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76. Ora, o réu foi denunciado por infringência ao art. 12 da Lei nº 6.368/76 cumulada com a causa de aumento de pena que eleva essa em 1/3. Tal situação é deveras mais favorável ao acusado do que ser denunciado como incurso nas sanções dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, onde receberia pena mínima de 8 anos de reclusão. É de se observar, portanto, que não houve a existência de *lex mitior*.

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo (fls. 73/75).

Daí o presente *mandamus*, no qual afirma o impetrante que o paciente é "primário e de bons antecedentes, além de não se dedicar a atividade criminosa" (fl. 2).

Alega que é equivocado o entendimento de que "se aplicada a minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da lei de drogas aos casos julgados pela lei 6.368/76, o julgador estaria criando uma terceira lei - *lex tertia* o que lhe seria vedado" (fl. 2).

Assere que "a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06 trata-se de norma de caráter preponderantemente penal e, sendo ela mais benéfica ao apenado, aplica-se imediatamente e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência" (fl. 7).

Menciona que não restou analisado o cabimento da minorante à hipótese caso em apreço.

Consigna que, "no que tange a fração de desconto, devem ser consideradas a quantidade mínima da substância - 24,74 gramas de maconha para fins de aplicação da redução de pena no grau máximo de 2/3, de forma a atender as circunstâncias do caso concreto" (fl. 10).

Sustenta, ainda, a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos.

Destaca ser cabível a progressão do regime carcerário, pois os fatos ocorreram antes da Lei nº 11.464/07.

Requer, liminarmente, seja determinado o "imediato recolhimento do mandado de prisão já expedido" (fl. 14). No mérito, pugna pela "aplicação retroativa da lei penal mais benéfica e consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos" (fl. 14).

A liminar foi indeferida às fls. 88/91.

Foram prestadas informações às fls. 97/110.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Eliane Menezes de Farias, pela denegação da ordem (fls. 115/119).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.009 - RS (2013/0138204-2)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AGRAVO EM EXECUÇÃO JULGADO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E PROGRESSÃO DE REGIME. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 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* REALIZADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. APLICAÇÃO INTEGRAL DA LEI N.º 6.368/76 CONSIDERADA MAIS BENÉFICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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. Os temas referente aos pleitos de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e progressão de regime não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. 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.

4. Na hipótese em apreço, o Colegiado estadual entendeu que a incidência da Lei n.º 6.368/76 seria mais benéfica ao paciente, razão pela qual manteve a aplicação, *in totum*, da legislação antiga. Não há fala, pois, em constrangimento ilegal.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, o que não se vislumbra na espécie.

Quanto aos pleitos de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de progressão de regime, constata-se que os temas não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

Dessarte, não tendo sido as matérias em apreço enfrentadas pelo Tribunal de origem, afigura-se inviável o seu conhecimento por esta Corte Superior. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. LATROCÍNIO, SEGUIDO DE MORTE, E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA (ARTS. 157, § 3º, E 288, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE DENEGOU A ORDEM, PORQUANTO A MATÉRIA DEVERIA SER DISCUTIDA EM APELAÇÃO, JÁ INTERPOSTA E PENDENTE DE JULGAMENTO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, PARA DECLARAR A NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, POR OFENSA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO E PELA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS, PELO TRIBUNAL DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORIGEM, NO HABEAS CORPUS ALI IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, PELO STJ, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

VI. A declaração de nulidade da sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena - ao argumento de que não teria sido respeitado o critério trifásico, deixando de ser considerados a primariedade do réu e seus bons antecedentes, bem como de que o Magistrado sentenciante teria incorrido em bis in idem, ao condenar o paciente, simultaneamente, como coautor de latrocínio e pelo delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal -, não foi debatida pelo Tribunal de origem, no acórdão do writ ali impetrado, impugnado no presente Habeas corpus.

VII. Se as controvérsias ora suscitadas não foram apreciadas pela Corte de origem, ao julgar o Habeas corpus ali impetrado - cujo acórdão é impugnado no presente writ -, uma vez que pendente o julgamento da apelação defensiva, a análise de tais questões não encontra espaço na via eleita, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

VIII. "As matérias que não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem não podem ser aqui apreciadas, sob pena de supressão de instância. Não se justifica a análise prematura, nesta sede, de temas que dizem com o próprio mérito da condenação, com o regime aplicado ou a possibilidade de substituição da reprimenda, notadamente considerando a liberação do paciente para recorrer. Tais teses deverão ser objeto de recurso próprio" (STJ, HC 233.838/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 20/08/2012).

IX. Ademais, em contato com a Vara de origem, obteve-se a informação de que a Apelação, interposta pela defesa, foi posteriormente julgada, tendo o Tribunal a quo, à unanimidade, negado provimento ao recurso defensivo, ocasião em que, após amplo exame do conjunto de fatos e provas, delineados na Ação Penal originária, manteve a sentença condenatória do paciente.

X. Transitado em julgado o processo-crime, com início da execução definitiva da pena, não mais persiste interesse na análise de eventual excesso de prazo injustificado para o julgamento da Apelação, como aventado na inicial do writ.

XI. Habeas corpus não conhecido.

(HC 37501/MG, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. ILICITUDE DA PROVA QUE A ORIGINOU. ATENUANTE DA CONFISSÃO. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Verificando-se que o Tribunal de origem não apreciou as questões relativas à ilicitude da prova que deu origem à ação penal e à possibilidade de aplicação da atenuante da confissão, tendo em vista que sequer foram alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, inviável a sua análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir o aumento de pena procedido em razão da reincidência, ficando a reprimenda do paciente definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

(HC 227.688/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 12/03/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FABRICAÇÃO DE DROGAS. GUARDA DE PETRECHOS PARA FABRICAÇÃO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPLEXIDADE DAS ALEGAÇÕES. DEMORA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não se conhece de habeas corpus cuja matéria não foi objeto de decisão pela Corte de Justiça Estadual, sob pena de indevida supressão de instância, especialmente em vista das peculiaridades e da complexidade das teses aventadas, bem ainda da ausência de demonstração, de plano, do apontado constrangimento ilegal.

2. Embora evidente a complexidade do feito, com onze corréus, denunciados por vários delitos graves, em concurso material, não se justifica a excessiva demora no julgamento do recurso de apelação criminal.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgue a apelação criminal nº 990.09.164131-6.

(HC 163.833/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 15/06/2012)

Passo, pois, à análise da matéria referente à 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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. 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.

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 nº 6.368/76 como a Lei nº 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 insculpada 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Muños 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."

A título ilustrativo, confira-se a motivação adotada pela Corte estadual para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista na novel legislação:

Em que pese a jurisprudência colacionada pela defesa, sobre a aplicação do redutor de pena de que trata o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ao crimes praticados sobre a égide da Lei nº 6368/76, me posiciono pela não incidência, e o faço utilizando para tanto o voto proferido pelo eminente Des. Ranolfo Vieira nos autos da apelação crime nº 70016917882, que, por imelhorável, adoto como razão de decidir, até para evitar inútil e fastidiosa tautologia, passando a transcrevê-lo:

'A nova lei de drogas (Lei nº 11.343/06) prevê para o crime de tráfico ilícito de tóxicos (art. 33) penas mais graves do que as cominadas à mesma figura delituosa do art. 12 da revogada Lei nº 6.368/76. Enquanto esta estabelece penas de 3 a 15 anos de reclusão e multa de 50 a 360 dias-multa, a primeira eleva o mínimo legal da pena privativa de liberdade para 5 anos e comina pena de multa entre 500 e 1.500 dias-multa.

'Ao depois, no art. 40, a lei nova enumera majorantes, a maioria das quais não previstas na lei revogada.

'Por fim, o art. 42 da Lei nº 11.343/06 estabelece critérios diferentes dos postos na legislação anterior para o cálculo das penas: O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

produto, a personalidade e a conduta social do agente'.

'Assim, o § 4º do art. 33 da lei nova, invocado pelo ilustre Revisor para reduzir a pena aplicada ao apelante, refere-se a um contexto diverso daquele contemplado na lei em cuja vigência foi ele condenado.

'Há aqui uma hipótese de conjunto de normas legais novas, todas, com exceção apenas de uma, a invocada pelo Revisor, mais gravosas ao acusado. Não se pode separar, nesse caso, a norma mais favorável, desligando-a do conjunto em que inserida, para fazê-la retroagir, isoladamente, aplicando-a a outro conjunto, onde as penas já são mais leves e diferentes os critérios de sua aplicação.

'Esse é seguramente um dos casos em que a norma mais benigna só retroagiria se fosse possível fazer retroagir todo o conjunto em que inserida.'

O mesmo raciocínio vale para o argumento de que a Lei nº 11.343/06 não prevê o aumento de pena então previsto no inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76. **Ora, o réu foi denunciado por infringência ao art. 12 da Lei nº 6.368/76 cumulada com a causa de aumento de pena que eleva essa em 1/3. Tal situação é deveras mais favorável ao acusado do que ser denunciado como incurso nas sanções dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, onde receberia pena mínima de 8 anos de reclusão. É de se observar, portanto, que não houve a existência de *lex mitior* (fls. 74/75) (grifou-se).**

De se notar que o Tribunal de origem deixou de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 por entender que a incidência da Lei nº 6.368/76 seria mais benéfica ao paciente, razão pela qual manteve a aplicação, *in totum*, da legislação antiga.

Há de ser mantida, portanto, a sanção imposta com base na Lei nº 6.368/76 tendo em vista ser mais benéfica ao paciente que a prevista na *lex posteriori*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. MATÉRIA APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CASO O APENADO SATISFAÇA OS REQUISITOS LEGAIS. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. VEDAÇÃO. MANUTENÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. A matéria relativa à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 foi apreciada pelo Tribunal de origem, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 1.137.654.3/1-00, possibilitando o seu conhecimento por esta Corte.

2. Esta Corte, em reiterados precedentes, tem admitido a aplicação retroativa da Lei nº 11.343/06 na sua integralidade, desde que seja mais benéfica ao réu, diante da impossibilidade de combinação de lei anterior e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posterior.

3. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Reconhecidas tais circunstâncias, a quantidade da droga, por si só, não tem o condão de impedir a aplicação da minorante, sob pena de se criar condição não prevista em lei. Precedentes.

4. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

5. A minorante deve ser aplicada no mínimo legal, considerada a grande quantidade e a natureza da droga apreendida (700 comprimidos de ecstasy), para que a reprimenda seja proporcionalmente necessária e suficiente à reprovação da conduta.

6. Hipótese em que a aplicação da minorante não se revela mais favorável ao paciente.

7. Deve ser mantido o regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelo paciente, ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mormente em razão da quantidade da droga apreendida, sendo inviável, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

8. Ordem denegada.

(HC 130.971/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 26/09/2011) (grifou-se).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI N.º 11.343/2006. RETROATIVIDADE MITIGADA ÀS HIPÓTESES EM QUE MAIS BENÉFICA AO RÉU. CASO CONCRETO. DESCABIMENTO. ART. 18, INCISO III, LEI N.º 6.368/76. ABOLITIO CRIMINIS. OCORRÊNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME. DELITO ANTERIOR À LEI N.º 11.464/2007. ART. 112 DA LEP.

1. É cabível a aplicação retroativa da Lei n.º 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da utilização da Lei n.º 6.368/76, sendo vedada a combinação de leis.

2. No caso, a pena-base foi fixada em 8 (oito) anos, nos termos da Lei n.º 6.368/76. Se a pena fosse recalculada, segundo os limites previstos na Lei n.º 11.343/2006, mas com a utilização dos parâmetros e proporções lançadas na sentença e no acórdão impetrado, **verifica-se que a nova penalidade obtida não seria mais benéfica ao Paciente, ainda que com a eventual aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da novel legislação.**

3. 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, da Lei n.º 6.368/76, não foi mencionada na nova legislação.

4. Diante da *abolitio criminis* trazida pela nova lei, impõe-se retirar da condenação a causa especial de aumento do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, em observância à retroatividade da lei penal mais benéfica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Em razão da declaração de inconstitucionalidade do óbice à progressão de regime prisional aos condenados pela prática dos delitos elencados na Lei n.º 8.072/90, passou-se a aplicar o art. 112 da Lei n.º 7.210/84 (LEP), que prevê a possibilidade de progressão de regime após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

6. A Lei n.º 11.46/2007, por ser mais gravosa, não pode retroagir para alcançar os delitos praticados antes de sua entrada em vigor.

7. Ordem concedida parcialmente a fim de reconhecer a *abolitio criminis* da causa especial de aumento do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76 e, de ofício, para determinar que a progressão de regime observe o disposto no art. 112 da Lei de Execuções Penais, estendendo o writ ao Corréu, PAULO JORGE LOUREIRO LEANDRO, nos mesmos termos, ficando reduzidas as penas de ambos, segundo explicitado no voto.

(HC 93.593/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/02/2010) (grifou-se).

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0138204-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 270.009 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00120507193769 03813492520128217000 120507193769 3813492520128217000
70018544544 70021316732 70050747575 881511

EM MESA

JULGADO: 05/08/2014

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. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO RENTZSCH SARMENTO BARATA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : CARLOS BRENNER

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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