



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 165.449 - SP (2010/0046041-0)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : ALEXANDRE ORSI NETTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE. CABIMENTO DO EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

2. Desse modo, o disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 somente será aplicável aos delitos cometidos sob a vigência da antiga Lei de Drogas se, após efetuada a redução sobre a pena cominada no *caput* do art. 33, a nova legislação mostrar-se mais benéfica ao acusado. Precedentes.

3. Ordem concedida, para determinar à Corte de origem que se manifeste acerca do eventual preenchimento dos requisitos necessários à concessão da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que for mais benéfica à Paciente, bem como para estabelecer o regime prisional compatível com a pena reclusiva imposta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 27 de maio de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.449 - SP (2010/0046041-0)

IMPETRANTE : ALEXANDRE ORSI NETTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RENATO DE OLIVEIRA, condenado à pena total de 06 anos de reclusão, pela prática dos crimes tráfico ilícito de entorpecentes e posse ilegal de arma, em concurso material, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em sede de apelação, deu parcial provimento ao recurso defensivo, apenas para fixar o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

Alega o Impetrante, em suma, ser devida a incidência das disposições da Lei n.º 11.343/2006 ao Paciente, devendo-lhe ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Nova Lei de Drogas. Pede, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, para que seja reduzida a reprimenda.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 40.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 47/48, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.449 - SP (2010/0046041-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE. CABIMENTO DO EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmutar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

2. Desse modo, o disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 somente será aplicável aos delitos cometidos sob a vigência da antiga Lei de Drogas se, após efetuada a redução sobre a pena cominada no *caput* do art. 33, a nova legislação mostrar-se mais benéfica ao acusado. Precedentes.

3. Ordem concedida, para determinar à Corte de origem que se manifeste acerca do eventual preenchimento dos requisitos necessários à concessão da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que for mais benéfica à Paciente, bem como para estabelecer o regime prisional compatível com a pena reclusiva imposta.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Narram os autos que o ora Paciente foi condenado à pena de 03 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 12 da Lei n.º 6.368/76, porque guardava, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 34 (trinta e quatro) papелotes de cocaína, pesando, aproximadamente, 65 g (sessenta e cinco gramas), além de 286,4 g (duzentos e oitenta e seis gramas e quatro centigramas), de "Cannabis Sativa L", em concurso material com condenação, também à pena de 03 anos, como incurso no art. 16, inciso IV, da Lei n.º 10.826/03, por ocultar no mesmo local, duas espingardas, calibres 28 e 38, um pistola 635, uma cartucheira e um fuzil calibre 32, de uso restrito.

Visa o Impetrante, tão-somente, à diminuição da pena aplicada ao Paciente, condenado por tráfico de drogas, sob a égide da Lei n.º 6.368/76, mediante a incidência da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em obediência ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

O Tribunal de Justiça paulista, ao julgar o apelo defensivo, assim se manifestou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobre a matéria, *in verbis*:

"Impossível, outrossim, a aplicação da redução da pena prevista no § 4.º do art. 33 do mesmo diploma legal, como pedido pelos réus, porquanto entendendo ser defeso ao magistrado combinar duas leis conflitantes no tempo, para que outra seja criada, a fim de mais beneficiá-lo." (fl. 19)

Como bem ressaltou o acórdão impugnado, tenho que não se pode conceber, na espécie, a possibilidade de combinação de leis, porque a minorante insculpida o § 4.º do art. 33 é regra dirigida ao *caput* do mesmo artigo, não podendo o juiz cindir a norma para aplicá-la somente em parte, em combinação com outra, criando uma terceira nova, sob pena de se transmutar em legislador.

Nesse sentido, trago à colação o escólio de Nelson Hungria, *in verbis*:

"[...] cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis." (HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal. Ed. Forense, RJ, 1977, 1º vol., 1 t., pág. 120.)

Vedada a aplicação parcial do art. 33, resta saber qual das normas é a mais favorável ao réu, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

A lei antiga comina pena mínima de 03 anos de reclusão e 50 dias-multa (art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76), enquanto a nova prevê 05 anos de reclusão e 500 dias-multa (art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06), denotando, *prima facie*, ser mais gravosa e, por conseguinte, inaplicável aos fatos anteriores.

Não obstante, a alteração do sistema introduzido com a novel legislação, a par de dispensar tratamento mais rigoroso ao traficante, com a elevação das penas mínimas, possibilitou ao magistrado o abrandamento do rigorismo, instituindo causa de diminuição de 1/6 a 2/3 (§ 4.º do mesmo art. 33), em se tratando de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, o que traria a pena, se fixada no mínimo e sem acréscimos, para o patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, se utilizada a redução máxima de 2/3.

Assim, caso a hipótese se enquadre no disposto no § 4.º do citado artigo – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos pode reduzir-se para menos de 03 anos, a depender da fração redutora, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Convém ainda salientar que, relativamente ao percentual de redução, cabe ao magistrado observar o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que assim dispõe, *in verbis*:

"Art. 42. 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."

Portanto, não se pode dizer, de antemão, se a implementação da referida minorante – que, necessariamente, se dirige ao *caput* do art. 33 da nova Lei Antidrogas – será ou não mais benéfica ao condenado, merecendo a questão análise mais detida pela instância ordinária, a quem cabe a aferição da situação fática, mas afastando-se o óbice.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. MINORANTE INSERTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. INVIABILIDADE. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. TRIBUNAL IMPETRADO QUE NÃO ANALISOU O EVENTUAL PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA BENESSE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.

1. A Quinta Turma deste Tribunal vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei 11.343/2006, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei antiga, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena-base cominada ao delito do art. 33 da *novatio legis*.

2. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que, tratando-se a nova regra prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 de norma de caráter preponderantemente penal e, sendo mais benéfica, aplica-se imediata e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência, nos precisos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, independentemente da fase em que se encontrem, devendo a mitigação incidir sobre a sanção cominada na Lei 6.368/76. Precedentes da Sexta Turma do STJ e do STF.

3. É patente o constrangimento ilegal decorrente da ausência de análise, pelo Tribunal impugnado, quando do julgamento da apelação criminal, do eventual preenchimento dos requisitos necessários à concessão da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, objetivamente viável na espécie.

4. Ordem concedida para, confirmando a liminar, determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que se manifeste acerca do eventual preenchimento, pelo paciente, dos requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecê-lo." (HC 150.389/SP, Rel. Min. JORGE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MUSSI, DJe de 12/04/2010.)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NA LEI N.º 11.343/06. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE CASO O APENADO SATISFAÇA OS REQUISITOS LEGAIS. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PEDIDO ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO. QUESTÃO DE DIREITO. RETORNO DO AUTOS À ORIGEM PARA APRECIÇÃO DA MATÉRIA.

1. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

2. Encaixando-se a hipótese, em tese, no disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, deve o Tribunal a quo prosseguir no julgamento dos requisitos legais previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

3. Inexiste qualquer impedimento ao conhecimento do writ quanto à tese de inexigibilidade do cumprimento de 2/3 da pena relativamente ao crime de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes para fins de livramento condicional pelo Tribunal a quo, nem se vislumbra, na espécie, inadequação da via eleita, uma vez que a análise da questão sub examine prescinde de qualquer incursão na seara probatória, tratando-se de questão de direito.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, concedida a ordem para determinar que o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prossiga no exame dos requisitos legais previstos no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, fixando, de acordo com as diretrizes do art. 42 do mesmo diploma legal, o percentual de redução, o qual deverá incidir sobre o caput do mesmo artigo, no caso de se tornar mais benéfica à Paciente. Concedido, ainda, habeas corpus, de ofício, para determinar que o eg. Tribunal aprecie o mérito do habeas corpus originário relativamente à tese de inexigibilidade do cumprimento de 2/3 da pena quanto ao crime de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes para a concessão de livramento condicional, decidindo como entender de direito." (HC 119.498/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 09/02/2009.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 4/11/06. APREENSÃO DE 12 GRAMAS DE MACONHA, ACONDICIONADAS EM 9 INVÓLUCROS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO DE DROGAS. REFORMA DA SENTENÇA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE CONSIDERAÇÃO SOBRE A INCIDÊNCIA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RETORNO DOS AUTOS PARA ANÁLISE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. O sistema adotado pelo Código Penal para a fixação da pena foi o trifásico, ou seja, o procedimento deve observar três fases distintas, tal como previsto no art. 68, in verbis: "A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento".

3. O Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso de apelação do órgão ministerial para condenar o paciente pelo delito de tráfico de entorpecentes, incorreu em flagrante ilegalidade no processo de individualização da pena, uma vez que deixou de apreciar a possibilidade de incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

4. Ordem concedida para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas analise a possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06." (HC 145.147/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 26/04/2010.)

Verifica-se, ainda, relativamente ao regime prisional, a existência de flagrante ilegalidade, em se considerando que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76.

Desse modo, a previsão constante da Lei n.º 11.464/2007, a qual, estabelece, em seu art. 1.º, que alterou a redação do art. 2º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do *quantum* de pena aplicado – por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo da ré.

Cabe esclarecer que este Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido da incidência dos critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, do Código Penal nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes praticados na vigência da Lei n.º 6.368/76.

Com efeito, a tese acolhida por esta Corte encontra amparo, sobretudo, na declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, que vedava o benefício da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados. Entendeu-se que, não subsistindo mais a referida proibição, inexistente óbice à aplicação do disposto no art. 33, § 2.º, do Código Penal, que preceitua que a fixação do regime prisional para o cumprimento da pena reclusiva dá-se de acordo com a quantidade de pena aplicada.

A propósito, o seguinte precedente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES SOB A ÉGIDE DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90 DECLARADA PELA SUPREMA CORTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA FIRMADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. SÚMULA 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 82.959/SP, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, permitindo a progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e detentor de bons antecedentes, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso, em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

4. Ordem concedida para fixar o regime inicial aberto." (HC 96.362/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 27/04/2009.)

Ante o exposto, CONCEDO a ordem, para determinar à Corte de origem que se manifeste acerca do eventual preenchimento dos requisitos necessários à concessão da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que for mais benéfica à Paciente, bem como para estabelecer o regime prisional compatível com a pena reclusiva imposta.

É como voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0046041-0 **[PROCESSO_ELETRONICO]** **HC 165449 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 6020120060210616 726465 8652006 993080110034

EM MESA

JULGADO: 27/05/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEXANDRE ORSI NETTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO DE OLIVEIRA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília, 27 de maio de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário