HABEAS CORPUS Nº 126.838 - SP (2009/0012330-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**
IMPETRANTE	:	WESLEY NASCIMENTO E SILVA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	RITA HEIDRN EMBALO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/1976. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA NOVA LEI DE DROGAS**.** COMBINAÇÃO DE LEIS. POSSIBILIDADE DESDE QUE O CÁLCULO SEJA REALIZADO CONSIDERANDO PENAS PREVISTAS NA NOVA LEI. APLICAÇÃO FAVORÁVEL À PACIENTE JÁ REALIZADA PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FALTA DE SINCERIDADE OU ALEGAÇÃO DE COAÇÃO MORAL PARA A PRÁTICA DO DELITO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. ORDEM DENEGADA, MAS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A recente jurisprudência da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou a compreensão no sentido da impossibilidade de combinação das leis nº 6.368/1976 e nº 11.343/2006. Nada impede, no entanto, que a novel legislação seja utilizada por inteiro, verificando-se em cada caso se a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, aplicada ao preceito secundário da nova lei, resulta em situação mais favorável ao acusado, respeitado, assim, o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

2. Ao analisar a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, foi reconhecido pelo magistrado sentenciante que a Nova Lei de Drogas mostrava-se favorável à paciente, tendo utilizado essa lei na sua integralidade, com a incidência da causa especial de diminuição de pena na fração de 1/3, em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida (4,920 kg de cocaína), inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

3. É de rigor a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, **d**, do Código Penal em favor da paciente, se serviu para embasar o decreto condenatório, ainda que a confissão não seja completa, não apresente sinceridade, ou que se alege coação moral para a prática do delito.

4. **Habeas corpus** denegado, mas, de ofício, concedida a ordem para, restabelecida a dosimetria da pena aplicada na sentença condenatória, incidir a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda da paciente na ação penal de que aqui se cuida para 4 anos, 3 meses e 25 dias de reclusão, no regime

fechado, e 88 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, mas, de ofício expedir **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 19 de maio de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator

HABEAS CORPUS Nº 126.838 - SP (2009/0012330-3)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Rita Heidrn Embalo, apontada como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Extrai-se dos autos que a paciente foi denunciada como incursa no art. 12, c/c o art. 18, I, ambos da Lei nº 6.368/1976, por ter sido surpreendida, em 5 de agosto de 2005, enquanto tentava embarcar do aeroporto de Guarulhos/SP para Bruxelas, com 4,920 kg de cocaína.

O juiz de primeiro grau, por resultar a pena final mais vantajosa em 2 meses de reclusão, aplicou na integralidade a Nova Lei de Drogas, condenando a paciente como incursa no art. 33, **caput**, c/c o § 4º e art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 5 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão, no regime fechado, e 518 dias multa.

Em sede de apelação criminal, foi negado provimento ao apelo da defesa, mas, de ofício, reduzida a pena de multa para 88 dias-multa. Todavia, muito embora o acórdão atacado tenha alterado a capitulação do delito para a prevista no art. 12, c/c o art. 18, I, ambos da Lei nº 6.368/1976, manteve a pena privativa no mesmo patamar em razão de ter sido o recurso exclusivo da defesa.

Busca a impetração a redução da pena imposta à paciente, considerando-se a reprimenda prevista na Lei nº 6.368/1976 e aplicando-se o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

A liminar foi indeferida à fl. 55 pelo Ministro Paulo Gallotti, antigo relator.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 58/62), opinou pela denegação da ordem, e pela sua concessão de ofício, para que incida a atenuante da confissão espontânea.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 126.838 - SP (2009/0012330-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): Disse o magistrado sentenciante, no que interessa:

> *"Ante o exposto, e considerando tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente a ação penal para condenar a ré Rita Heidrun Embalo, qualificada nos autos, às sanções do artigo 33, caput, 4º, c.c. os artigos 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006, que retroagem para seu benefício, à luz do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, conforme se verifica da individualização da pena.*
> *1ª fase) Ainda que sem apontamentos criminais, por força do artigo 42 da Lei nº 11.343/2002, preponderam a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente. Por se tratar de tráfico de cocaína, substância entorpecente de alto potencial lucrativo no exterior e conseqüências deletérias para a saúde pública no consumo disseminado, na quantidade aproximada de quatro quilos e novecentos gramas, fixo a pena-base em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa.*
> *2ª fase) Sem atenuantes ou agravantes genéricas. Não reconheço confissão para quem invoca coação moral para a prática do crime, nega ciência sobre a quantidade da droga e justifica o transporte de quase cinco quilos de cocaína para pagar dívida de somente dois mil euros, cuja obtenção, obviamente, seria muito mais simples por empréstimo bancário na Europa ou outro meio idôneo; a ré afirmou-se em juízo contadora e recepcionista de hotel e de editora, embora na Polícia tivesse qualificado-se como desempregada e 'do lar' (fls. 30/31). Inexiste completa espontaneidade ou sinceridade na versão judicial. Nesse sentido: STF, HC 71334, DJ 19.05.95; TRF-3ª Região, ACR 200261190052490, DJU 15.12.2004.*
> *3ª fase) Enquadra-se a acusada nos requisitos do 4º do artigo 33 da nova Lei Antidrogas: é primária, tem bons antecedentes e não restou demonstrado que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, razão pela qual lhe reduzo a pena em 1/3, em função da natureza e quantidade da substância apreendida, resultando em 4 anos, 5 meses e 10 dias e 444 dias-multa. Por fim, incide a causa de aumento do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343, porquanto o destino da droga era o exterior; no mínimo, já que não ultrapassou fronteiras. Em*

conseqüência, fixo a pena em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias e 518 (quinhentos e dezoito) dias-multa.
Sem indicativos de condição financeira, fixo o valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época do crime.
Assim, estabeleço a pena privativa de liberdade em caráter definitivo em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias e pagamento de 518 (quinhentos e dezoito) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo da época do crime, com correção monetária.
Pela legislação revogada, mantidas as proporções de aumento nas respectivas fases, chegar-se-ia a uma pena de reclusão de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses. A causa de aumento do artigo 18, inciso I, da Lei nº 6.368/76 parte de patamar maior para o aumento (1/3 e não 1/6), mais gravosa para a ré, que também não contava com a nova e específica causa de diminuição. Ademais, eventual futura redução mínima (1/3) na Lei nº 11.343 pela delação (art. 41) será mais vantajosa do que a da Lei nº 10.409 (1/6, art. 32, 3º). Logo, a ultra-atividade das leis revogadas tornar-se-ia prejudicial à acusada, ainda que a operação retroativa imponha-lhe pena de multa maior, pois prepondera a liberdade como direito essencial. O que não se pode admitir é a incidência embaralhada apenas das partes que beneficiam da lei nova com a anterior, pois faria do juiz legislador e representaria desconexão indevida com os motivos que ensejaram a criação da válvula de alívio do 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343, baseados justamente no acentuado rigor das penas fixadas no ***caput*** *do mesmo dispositivo.*
Quanto ao regime prisional, entendo que é incompatível com o princípio da individualização da pena assegurado na Constituição Federal de 1988 vedar, de forma indiscriminada e sem critérios, a possibilidade de o preso demonstrar ao Estado, por seu mérito, que pode satisfazer requisitos legais de comportamento e outros voltados ao estímulo da reconsideração do ato ilícito praticado e evolução na condição de pessoa humana para, após avaliado, progredir de regime e retornar ao convívio social, razão pela qual deixo de aplicar o artigo 2º, 1º, da Lei 8.072/90, conquanto considere parco o patamar mínimo de cumprimento previsto na Lei de Execução Penal (art. 112). Nesse sentido, aliás, vem recente e reiteradamente decidindo o Supremo Tribunal Federal (HC83219, AI527990, HC-AgR 87539) e, na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça (HC57441, HC49643). Em conseqüência, atento às circunstâncias judiciais do caso concreto (tráfico de cocaína, quantidade, culpabilidade), determino o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado.“ (fls. 37/39)

O Tribunal de origem, por sua vez, assim consignou:

“Passo à análise da dosimetria da pena.

Inicialmente, convém ressaltar que o delito foi praticado em 5.8.2005 e, portanto, na vigência da Lei nº 6.368/76.

*O MM. Juiz **a quo**, porém, aplicou a Lei nº 11.343/06, que entrou em vigor no dia 8 de outubro de 2006, por entender ser mais favorável à ré, ao fundamento de que observados os mesmos critérios na lei antiga, a pena privativa de liberdade resultaria em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, ou seja, 2 (dois) meses acima do fixado na sentença.*

Todavia, esta Turma firmou entendimento que se aplica a lei penal vigente na data do fato e, também, que é defeso ao juiz fazer combinação de leis, com o objetivo de selecionar dispositivos da lei revogada e da lei revogadora mais favoráveis ao réu, sob pena do Poder Judiciário criar norma nova, função do legislador.

Confira-se:

> ***'**APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL - DESNECESSIDADE DE DEFENSOR NO ATO DE INTERROGATÓRIO REALIZADO NA POLÍCIA - VALIDADE DO TESTEMUNHO DE POLICIAIS - TESTEMUNHOS REDUZIDOS A TERMO DE MANEIRA IDÊNTICA - IRRELEVÂNCIA - CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA À INTERNACIONALIDADE DO TRÁFICO MANTIDA - IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE UMA LEX TERTIUS -DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUE NÃO COMPORTA REPARO – REDUÇÃO DE OFÍCIO DO NÚMERO DE DIAS-MULTA - APELAÇÃO NÃO PROVIDA.*
>
> *(...)*
>
> *9. Quanto à incidência ou não da parte mais favorável da Lei nº 11.343/06 - já que a causa especial de aumento de pena incide, pela lei nova, de modo mais favorável no limite mínimo (1/6) do que ocorreria sob a égide da Lei nº 6.368/76 (1/3) - nosso pensamento é no sentido de se prestigiar a doutrina tradicional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal porque veiculam um óbice intransponível contra a possibilidade de combinação de leis: criar uma **lex tertius**, o que tornaria o juiz um legislador.*
>
> *(...).'*
>
> *(Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1ª Turma, Apelação Criminal nº 18.256, DJU 16/01/07, p. 345, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo).*

*Assim à luz da Lei nº 6.368/76 utilizando o mesmo critério do MM. Juiz **a quo**, a pena base, fixada acima do mínimo legal, perfaz 4 (quatro) anos.*

Não merece prosperar o argumento defensivo de que a pena-base deve permanecer no mínimo legal, por ser primária e

portadora de bons antecedentes, considerando a quantidade de entorpecente que transportava.

De fato, por se tratar de crime que visa proteger a saúde pública, a natureza e a quantidade da droga apreendida, no caso em concreto, devem ser levadas em conta na primeira fase da dosimetria da pena.

Nesse sentido, confira-se o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *'**HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. OBSERVÂNCIA DO ART. 59, DO CP.*
>
> *Na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade da droga. O tipo de entorpecente é dado que indica o grau de nocividade para a saúde pública, correlato ao indicador das conseqüências do crime; a quantidade, quase sempre, aponta para o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, indicando a medida de sua personalidade perigosa e voltada para a prática criminosa. Acórdão que, atento a essas premissas e aos ditames do art. 59 do Código Penal, fixa a pena-base acima do mínimo legal, não padece da alegada falta de fundamentação. Ordem denegada.'*
>
> *(Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, HC nº 9.743-SP, DJ 21.10.1999, Relator José Arnaldo da Fonseca)*
>
> *'CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES NÃO CONFIGURADOS. PROCESSO EM ANDAMENTO. CONSIDERAÇÃO DE PECULIARIDADES CONCRETAS DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. OBJETIVO DE LUCRO FÁCIL. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADAMENTE PROCEDIDA. (...).*
>
> *I. Ante o princípio constitucional da presunção de nãoculpabilidade, a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não maculam o réu como portador de maus antecedentes, suficientes para aumentar a pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.*
>
> *II. Não se vislumbra deficiência na majoração da pena-base pela quantidade de entorpecente apreendido, pelo objetivo de lucro fácil e pelas graves conseqüências à saúde pública, aspectos caracterizadores da referida prática criminosa e que não são inerentes ao tipo penal, estando, pois, neste ponto, correta e fundamentadamente dosada a pena-base fixada ao acusado.*
>
> *(...).'*

*(Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, **Habeas Corpus** nº 59.834, DJ 30/10/2006, p. 356, Relator Ministro Gilson Dipp).*

Na seqüência, o MM. Juiz deixou de reconhecer a atenuante da confissão por entender que não está configurada a espontaneidade ou sinceridade na versão judicial, uma vez que a ré invocou coação moral para a prática do crime, afirmou desconhecer a quantidade de droga, justificou o transporte para o pagamento de dívida e divergiu sobre sua qualificação profissional, que mantenho.

Na terceira fase, aumento a pena de 1/3 pela internacionalidade nos termos do art. 18, I da Lei nº 6.368/76 o que totaliza 5 anos e 4 meses.

Todavia à falta de recurso do Ministério Público Federal fica mantida a pena fixada na sentença de 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão.

No que tange à pena de multa, de acordo com o previsto na 6.368/76, reduzo-a para 88 (oitenta e oito) dias.

Fica mantido o valor do dia-multa estabelecido na r. decisão, fixado em 1/30 do valor do salário mínimo vigente.

Por fim, não prospera a alegação da ré de que faz jus aos benefícios da delação premiada, uma vez que não há prova nos autos de que, pelas informações prestadas no processo, tenha contribuído de forma eficaz na identificação dos demais co-autores da ação criminosa.

*Ainda, não conheço do pedido de progressão de regime prisional, que deve ser examinado pelo Juízo das Execuções Criminais, a teor do disposto no artigo 66, inciso III, alínea **b**, da Lei nº 7.210/84.*

Por esses fundamentos, conheço em parte da apelação e, na parte conhecida, nego-lhe provimento e de ofício, reduzo a pena de multa para 88 (oitenta e oito) dias-multa." (fls. 19/22)

Inicialmente, é relevante esclarecer que a jurisprudência da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou a compreensão no sentido da impossibilidade de combinação das leis nº 6.368/1976 e nº 11.343/2006.

Vejam-se:

***A** - "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, inocorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco 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." (EREsp nº 1.094.499/MG, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJe de 18/8/2010)*

***B** - "PENAL. RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO PELO E. TRIBUNAL **A QUO** DE DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE EM SEDE DE **WRIT**. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO CONTIDO NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. ACÓRDÃO PROFERIDO COM FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.*
*I - Tendo o e. Tribunal **a quo**, nos limites da decisão atacada, fundamentado especificamente a impossibilidade de aplicação da minorante contida no dispositivo do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, não se vislumbra, na hipótese, ofensa à autoridade de decisão proferida anteriormente por esta Corte, ensejadora de reclamação, nos termos do art. 105, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal.*
*II - 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.*
*III - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei n.º 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.*
IV - 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 n.º 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador (EResp 1.094.499/MG, 3ª Seção, de minha relatoria, julgado em 28/04/2010; HC 151.442/SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJe de 07/06/2010; HC 146.476/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 10/05/2010; HC 144.364/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 12/04/2010).
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.*
> *Reclamação improcedente." (Rcl nº 3.546/SP, Relator p/ Acórdão o* ***FELIX FISCHER****, DJe de 29/9/2010).*

Desse modo, é incompatível a aplicação do benefício previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas, sobre a sanção cominada ao art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

Em passo seguinte, afastada a combinação de partes entre as duas leis, nada impede que a novel legislação seja utilizada por inteiro, ou seja, atendidos os requisitos legais, desde que se verifique, em cada caso, se a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, aplicada ao preceito secundário da nova lei, resulta em situação mais favorável ao acusado, respeitando-se, assim, o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

Pois bem, na hipótese, como se vê da leitura do decreto condenatório, o juiz de primeiro grau, na esteira dos recentes julgados deste Tribunal, já apontou que a aplicação integral da Lei nº 11.343/2006 é mais benéfica à paciente, tendo utilizado essa lei na sua integralidade, com a incidência da causa especial de diminuição de pena na fração de 1/3 (um terço).

O Tribunal de origem, por sua vez, apesar de alterar a condenação da paciente, aplicando integralmente a Lei nº 6.368/1976 e afastando a causa especial de diminuição, deixou de aumentar a pena em razão de ter sido o recurso exclusivo da defesa.

Ademais, ainda que assim não fosse, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, a quantidade e a natureza da droga (4,920 kg de cocaína), inviabilizariam a concessão do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em percentual superior ao aplicada pelo juiz de primeiro grau, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

De outro giro, verifica-se a existência de constrangimento ilegal no tocante ao reconhecimento e aplicação da atenuante da confissão espontânea, que deve ser

sanado inclusive de ofício, pois, como bem destacado no parecer do Ministério Público Federal, a jurisprudência deste Tribunal admite a incidência dessa atenuante, ainda que a confissão não seja completa, não apresente sinceridade, ou que se alegue coação moral para a prática do delito.

Nesse sentido:

> ***A – "HABEAS CORPUS****. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. EXAME PERICIAL. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME POR OUTROS MEIOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
> *1. Dispõe o art. 167 do Código de Processo Penal que o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.*
> *2. A ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa, no caso o seguro depoimento das vítimas. Precedentes desta Corte e do Col. Excelso Pretório.*
> ***3. O art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, não ressalva para configuração da*** *atenuante* ***que*** *confissão* ***seja completa, explicitando todas as circunstâncias do crime ou que seja movida por um motivo moral, que demonstre o arrependimento do acusado ou, ainda, que influa decisivamente para a condenação.***
> *4. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea quando da fixação da pena.*
> *5. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, reformando o acórdão ora atacado e a sentença condenatória na parte relativa à individualização da pena, e fixar a pena do Paciente em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, bem como 10 dias-multa, mantido o regime inicial fechado, nos termos do voto." (HC nº 159.854/SP, Relatora a Ministra* ***LAURITA VAZ****, Dje de 28/6/2010)*
>
> ***B*** *– "PENAL.* ***HABEAS CORPUS****. RESISTÊNCIA. LESÃO CORPORAL DOLOSA. FALSIFICAÇÃO. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE.*

REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM DENEGADA.
1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível 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. Conforme entendimento pacificado no âmbito deste Tribunal, configura-se a** confissão espontânea **tão-somente pelo reconhecimento em Juízo da autoria do delito, sendo irrelevante que não tenha restado outra** alternativa **para o agente. Ressalva do ponto de vista do relator.
3. O entendimento firmado pela Quinta Turma do STJ é no sentido de que a agravante da reincidência deve ser considerada como circunstância preponderante, atendendo ao disposto no art. 67 do Código Penal, quando em concurso com a atenuante da confissão espontânea.
4. Embora reconhecida a atenuante da confissão espontânea, permanecem inalteradas as penas do paciente, quando em concurso com a circunstância agravante da reincidência.
*5. Ordem denegada." (HC nº 113.615/SP, Relator o Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**, Dje de 16/11/2009)*

Assim, necessária se faz a revisão da dosimetria da pena em razão do reconhecimento da confissão espontânea da paciente.

Muito embora o acórdão atacado, apesar de aplicar toda a Lei nº 6.368/1976, tenha mantido o **quantum** da pena aplicado na sentença, é de rigor o restabelecimento da sentença condenatória, para se proceder à incidência da aludida atenuante.

Dessa forma, partindo da pena imposta pelo magistrado sentenciante, por ser mais benéfica à paciente, fixada a pena-base para o crime de tráfico de drogas em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa, reduzo em 1/6 pela incidência da confissão espontânea. Conforme estabelecido no decreto condenatório, reduzo em 1/3, pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, e acresço em 1/6 pela incidência do art. 40, I, do mesmo diploma legal, restando a reprimenda em 4 anos, 3 meses e 25 dias de reclusão e 431 dias-multa.

Todavia, uma vez que a pena de multa imposta no acórdão atacado ficou estabelecida em 88 dias-multa, em razão do princípio da **ne reformacio in pejus**, mantenho-a neste mesmo patamar.

Diante do exposto, denego o **habeas corpus**, porém, concedo a ordem, de ofício, para, restabelecida a dosimetria da pena aplicada na sentença condenatória, incidir a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda da paciente na ação penal de que aqui se cuida para 4 anos, 3 meses e 25 dias de reclusão, no regime fechado, e 88 dias-multa.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0012330-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 126.838 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200561190054152

EM MESA JULGADO: 19/05/2011

Relator
Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	WESLEY NASCIMENTO E SILVA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	RITA HEIDRN EMBALO

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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, denegou a ordem, mas, de ofício expediu habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.