



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.339 - MG (2012/0160606-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FABIO FERREIRA DE PAIVA CAVALCANTE

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AGRAVO EM EXECUÇÃO JULGADO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 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. 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.

3. 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 aplicou, *in totum*, a legislação antiga. Não há fala, pois, em constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

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 da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 11 de março de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.339 - MG (2012/0160606-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FABIO FERREIRA DE PAIVA CAVALCANTE

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de FÁBIO FERREIRA DE PAIVA CAVALCANTE, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Agravo em Execução n.º 1.0702.07.349828-0/001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, substituída por 2 restritivas de direitos, pela prática do delito descrito no art. 12 da Lei n.º 6.368/76. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face da sentença de fls. 68/69-TJ, que houve por absolver os apelados da imputação do cometimento do crime do art. 12 da Lei n.º 6.368/76.

Alega o apelante que tanto a materialidade quanto a autoria do delito são incontroversas, pleiteando, assim, a condenação dos apelados como incurso nas iras do art. 12 c/c art. 18, III, ambos da Lei n.º 6.368/76. (fls. 70/79-TJ).

Contra-razões de Wanderson Luiz Souza Silva apresentadas às fls. 91/96-TJ, as de Fábio Silva Ribeiro manejadas às fl. 97-TJ e, por fim, as de Jaime Alexandre Souza de Moraes, à fl. 109-TJ, todas pugnando pela manutenção da sentença.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 101/104-TJ).

É o breve relatório.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A materialidade restou comprovada pelo auto de apreensão (fl. 20-TJ), pelo laudo de constatação (fl. 24-TJ) e pelo laudo toxicológico definitivo (fl. 46-TJ).

A autoria, embora veementemente negada pelos apelados, é incontroversa relativamente a dois deles, como se verá.

Consta dos autos que, em 18 de fevereiro de 2006, policiais que faziam o patrulhamento velado, receberam denúncia anônima de que algumas pessoas praticavam o tráfico de drogas na Praça Juscelino Kubitschek, no Município de Prata.

Ato contínuo, os milicianos houveram por apreender com o denunciado Fábio Ferreira de Paiva Cavalcanti 79 (setenta e nove) pedras de crack, com peso de 23,20g (vinte e três gramas e vinte centigramas).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz a denúncia, ainda, que os apelados Jayme Alexandre Souza de Moraes e Wanderson Luiz Souza Silva auxiliavam Fábio na venda das drogas.

Os policiais condutores, responsáveis pela prisão dos apelados, ao serem ouvido no APFD, informaram as circunstâncias em que os fatos aconteceram:

"(...) que, ontem, por volta das 18:00 horas, estavam realizando policiamento velado (a paisana), quando receberam informações que os conduzidos em tela estariam comercializando drogas na praça JK, tendo de imediato comparecido no local citado onde abordaram os conduzidos; que, em busca pessoal, foi encontrado em poder do conduzido Fábio, setenta e nove papelotes de uma substância branca petrificada semelhante à pedras de crack bem como a quantia de R\$46,00; que, indagado aos conduzidos o que estariam fazendo com a referida droga, afirmaram que estavam vendendo, inclusive já haviam vendido quatro pedras; (...) que, com relação a Wanderson (...) o mesmo aliciava os usuários para os conduzidos Fábio e Jaime que são de Uberlândia/MG (...)." (fl. 06-TJ)

"(...) integrou efetivo policial que apreendeu setenta e nove papelotes de uma substância branca em pedra, e que estavam no bolso de um dos acusados; (...) a pessoa que estava com os papelotes com a substância no bolso afirmou que iria vendê-los, mas não falou se alguém iria ajudá-lo (...)." (fl. 66-TJ)

Verifico que os depoimentos dos milicianos apresentam-se coerentes e similares, merecendo total credibilidade, uma vez que se encontram em perfeita harmonia com todo o contexto probatório.

Quanto à validade do depoimento de policiais, a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se pronunciou:

"A prova, no tráfico de entorpecentes, deve ser apreciada em seu conjunto, não havendo que se desprezar depoimentos prestados por policiais, mormente quando seguros, precisos, uniformes, sem qualquer razão concreta de suspeição e corroborados pelas demais provas produzidas nos autos". (Apelação Criminal nº 1.0313.04.126736-7/001 - Relatora: Exm^a. Sr^a. Des^a. Beatriz Pinheiro Caires)

Ainda, a respeito, o seguinte julgado da lavra do eminente Desembargador Herculano Rodrigues:

"O depoimento dos policiais há que ser recebido de forma ampla e insuspeita, se não há razões específicas para se cogitar de interesse particular na condenação." (Apelação Criminal nº 000.201.975-0/00)

No mesmo sentido, verifico não terem os recorridos trazido aos autos qualquer prova de que os policiais tivessem motivo ou interesse nem incriminá-los falsamente.

Outrossim, verifico que, em se de inquérito, há declarações que corroboram os depoimentos dos policiais alhures transcritos.

O menor J.P.A. e o apelado Wanderson Luiz Souza Silva confirmam a apreensão das 79 (setenta e nove) pedras de crack com o apelado Fábio Ferreira de Paiva Cavalcanti, nada sabendo sobre a posse da droga, tampouco da sua venda. (fl. 08-TJ)

Fábio Ferreira de Paiva Cavalcanti, perante a autoridade policial, atribui a posse das drogas a Jayme Alexandre Souza de Moraes, e este último àquele outro. Nenhum dos acusados, no inquérito, aduz que os entorpecentes tenham sido achados num mato próximo do local em que foram abordados pela polícia (fl. 09-TJ). Em sendo assim, veja-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...) que, estando na praça, Jaime lhe contou que havia trago várias pedras de crack e que iria vender para usuários de Prata; que ficou quieto, não tendo ajudado Jaime; que, em dado momento, saiu para buscar um refrigerante e quando retornou, Jaime já estava na companhia de dois rapazes, Pescocinho e Joel; que Jaime os conhecia, tendo Pescocinho dito que iria arrumar uns usuários para Jaime vender a droga, iria fazer 'um corre'; que, porém, a polícia chegou no local, tendo os abordado e localizado a droga de Jaime no meio do mato na praça; que afirma que não estava ajudando Jaime, apenas veio com o mesmo para esta cidade e somente aqui veio a saber que Jaime iria vender drogas; que afirma ainda que Pescocinho iria ajudar Jaime na venda da droga; que esclarece que é viciado há cinco anos e ontem, antes de serem presos, o conduzido Jaime ofereceu pedras de crack ao declarante, Pescocinho e Joel, tendo todos ali mesmo as fumado." (Fábio Ferreira de Paiva Cavalcanti, fl. 09-TJ)

"(...) que, ontem, veio para esta cidade com seu amigo Fábio para passearem, tendo ido para uma praça, local onde encontrou-se com Pescocinho e um outro chamado Joel; que ficaram conversando na praça, oportunidade em que a polícia chegou no local e os abordou; que nesta abordagem, a polícia localizou em poder de Fábio várias pedras de crack, fato que o assustou, pois não sabia que Fábio estava portando drogas (...)." (Jaime Alexandre Souza de Moraes, fl. 09-TJ)

Logo, fora comprovada a apreensão de drogas pelos policiais, afirmando 03 (três) dos acusados que as pedras de crack estavam com Fábio. Já este último, declara que o entorpecente estava na posse de Jaime, e que Wanderson ajudava Jaime na venda da droga.

Já durante a instrução processual, as versões dos recorridos Fábio e Jaime, alhures mencionados, são alteradas, passando ambos a explicitar que nenhum entorpecente fora encontrado com qualquer deles e sim em um canteiro da praça onde estavam conversando. Da mesma forma, deixam de imputar um ao outro a prática do tráfico de drogas. (fls. 47/48 e 49/50-TJ)

Ainda, o apelado Wanderson Luiz Souza Silva, também alterando sua versão, aduz que nem conhecia Fábio e Jaime, tendo sido parado por ambos para pedirem uma informação. (fls. 51/52-TJ)

Embora em juízo os recorridos tenham se retratado e apresentado uma versão totalmente destoante daquela narrada na fase inquisitória, é de se notar que a mera retratação judicial desacompanhada de outros elementos que a corroborem, não se presta a desacreditar as provas prestadas na fase administrativa, vez que todas as evidências estão no sentido de confirmar o comércio ilegal de entorpecentes.

Nesse sentido já me manifestei na Apelação Criminal nº 1.0000.00.230135-6/000, neste Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"Tráfico de entorpecente. (...) Confissão dos réus na fase extrajudicial e retratação em juízo. A confissão na fase inquisitorial prevalece, ainda que haja retratação, se esta está em desconformidade com todas as provas dos autos e não há justificativa válida para desqualificar o ato praticado na fase policial. Prova suficiente para a condenação. Recursos a que se nega provimento."

Ainda, o menor J.P.A., contradizendo o apelado Wanderson, informa que estava junto desse último, quando Fábio e Jaime ofereceram-lhes um guaraná. É ele contundente ao afirmar que a droga foi encontrada em poder das "pessoas que lhes haviam fornecido guaraná e que são os dois outros acusados". (fl. 65-TJ)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, verifica-se a existência de várias contradições entre os depoimentos retro mencionados, sendo certo que a droga foi localizada junto a Fábio, o qual estava na cidade em companhia de Jayme.

Assim, a quantidade considerável de droga apreendida, bem como a forma de acondicionamento - 23,20 g (vinte e três gramas e vinte e centigramas) de crack, divididas em 79 (setenta e nove) invólucros - representa uma indicação muito consistente da prática da traficância, ainda mais quando acompanhada por outros elementos que revelem, de forma clara, a intenção de se proceder ao comércio, o que servirá como prova indelével da infração prevista no art. 12 da Lei nº 6.368/76, na modalidade "guardar", "ter em depósito".

Ou seja, a simples ação de "guardar" substância entorpecente de uso proscrito no Brasil, atrelado às demais provas é suficiente a embasar o decreto condenatório, não necessitando, para tanto, que o acusado seja pego comercializando a substância.

Feitas tais considerações, verifico que o conjunto probatório encontra-se forte e harmônico a autorizar a condenação de Fábio Ferreira de Paiva Cavalcanti e Jayme Alexandre Souza de Moraes. Isso porque, conforme se depreende das provas trazidas ao feito, ambos viajaram até o Município de Prata/MG com o intuito de comercializar drogas. Embora, perante a autoridade policial, atribuam um ao outro a propriedade do entorpecente, resta claro que, independentemente de quem guardava as 79 (setenta e nove) pedras de crack, os dois pretendiam praticar o tráfico em Prata/MG.

Contudo, relativamente a Wanderson Luiz Souza Silva não há provas cabais de que auxiliava os outros apelados na traficância, tendo sido apurado, tão-somente, que estavam juntos quando do flagrante policial. Wanderson afirma que não conhecia os demais, estando apenas na companhia do menor J.P.A., o qual também alega desconhecer os outros recorridos. Logo, embora pudesse estar Wanderson auxiliando o comércio de drogas, não há segurança nas provas em tal sentido, devendo ser invocado o princípio do in dubio pro reo.

Assim, passo a análise da pena.

Fábio Ferreira de Paiva Cavalcanti

Culpabilidade evidenciada e reprovada, os antecedentes serão analisados na segunda fase da dosimetria, sem elementos para se aferir a conduta social pelo que deve ser considerada favorável; a personalidade é voltada à criminalidade, os motivos e circunstâncias do crime são os comuns aos delitos desta espécie; as conseqüências são nocivas, nada havendo que se falar sobre o comportamento da vítima que é a coletividade, motivo pelo qual fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, à razão do 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Não há agravante, nem atenuante.

Inexistente, também, qualquer causa de aumento ou diminuição da pena, concretizo a reprimenda em 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, à razão do 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Nesse ponto, esclareço que, **embora tivesse entendimento sobre a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 aos condenados pela Lei nº 6.368/76, vejo que o benefício da substituição da pena, disposto**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na antiga Lei, revela-se mais benéfico ao réu.

Assim, diante da inviabilidade de se aplicar benefícios previstos em diferentes leis, a ponto de criar uma aberração jurídica, entendo que a substituição deve ser concedida aos condenados pela Lei nº 6.368/76, sendo o benefício do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2003 cabível somente àqueles dados como incurso nas iras desta Lei, quando, obviamente, atendidos os requisitos legais.

E, feitas tais considerações, nos termos do art. 44, constato que, in casu, se mostra possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que atendidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do CP, por ser o acusado primário e sem antecedentes, além de possuir a seu favor a maioria das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Desse modo, substituo a pena corporal do recorrido por duas restritivas de direitos, consistentes na limitação de fim de semana, com a permanência aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 48 do CP), e a outra de prestação de serviços à comunidade, em estabelecimento a ser designado pelo d. Juiz de Execução, em audiência admonitória.

(...)

Pelo exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para condenar Fábio Ferreira de Paiva Cavalcanti e Jayme Alexandre Souza de Moraes, mantendo a absolvição de Wanderson Luiz Souza Silva (fls. 61/64) (grifou-se).

Em sede de execução penal, formulou pedido de aplicação retroativa da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o que foi indeferido pelo Juízo das execuções (fl. 36).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de agravo em execução, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim fundamentado:

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A despeito da fundamentação exarada pelo I. Defensor Público, tenho que razão não lhe assiste. Isso porque, resta impossível a incidência do benefício previsto na Lei 11.343/06 quando se tratar de réu condenado pela Lei 6.368/76, visto que tal circunstância produziria uma terceira lei, diversa tanto da antiga, quanto da nova, criando benefícios não previstos pelo legislador, em afronta ao princípio da reserva legal.

Sobre o tema, a lição de Nelson Hungria:

"(...) 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". (Comentários ao Código Penal, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. I, p. 120).

Assim, resta descartada a possibilidade de retroatividade da Lei 11.343/06 para aplicar o benefício do artigo 33, § 4º, da nova Lei de Drogas aos condenados na forma do artigo 12 da lei 6.368/76.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, consta dos autos, haver sido proferido julgamento em apelação de n.º 1.0528.06.000554-3/001, na qual apreciara a Turma Julgadora a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena ao reeducando, entendendo os Em. Desembargadores pela inadmissibilidade de tal estruturação da reprimenda, diante da inviabilidade de se aplicar benefícios previstos em leis distintas.

Isto posto, nego provimento ao agravo, deixando de conceder ao réu o benefício da diminuição da pena previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, mantendo-se a decisão em todos os seus termos (fls. 76/77).

No presente *mandamus*, alega o impetrante que a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006 é de rigor, porquanto "a aplicação dos dispositivos benéficos ao réu é imposição da própria Constituição Federal e do Código Penal, sendo vedada a ultra-atividade de leis (ou de dispositivos delas) que sejam prejudiciais ao acusado" (fl. 4).

Aduz que "não há falar (...) em criação de uma terceira lei em decorrência da conjugação de pontos favoráveis encontrados em leis diversas" (fl. 4).

Defende que "o paciente preenche todos os requisitos necessários ao reconhecimento e aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art.33, § 4º, da Lei 11.343/06" (fl. 7).

Requer "seja determinada a aplicação retroativa da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, a delito de tráfico praticado sob a égide da Lei n.º 6.368/76" (fl. 8).

Foram prestadas informações às fls. 87/92 e 103.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Wagner de Castro Mathias Netto, pela denegação da ordem (fls. 95/97).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.339 - MG (2012/0160606-6)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AGRAVO EM EXECUÇÃO JULGADO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 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. 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.
3. 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 aplicou, *in totum*, a legislação antiga. Não há fala, pois, em constrangimento ilegal.
4. *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.

O objeto deste *writ* diz com a aplicabilidade da causa especial de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, a delito praticado sob a égide da Lei n.º 6.368/76.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

"PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO PRETÓRIO EXCELSO. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da lex mitior, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33.

III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, incorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, 1ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão).

Embargos de divergência providos.

Ordem de habeas corpus concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006."

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:

(...) embora tivesse entendimento sobre a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 aos condenados pela Lei nº 6.368/76, vejo que o benefício da substituição da pena, disposto na antiga Lei, **revela-se mais benéfico ao réu.**

Assim, diante da inviabilidade de se aplicar benefícios previstos em diferentes leis, a ponto de criar uma aberração jurídica, entendo que a substituição deve ser concedida aos condenados pela Lei nº 6.368/76, sendo o benefício do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2003 cabível somente àqueles dados como incurso nas iras desta Lei, quando, obviamente, atendidos os requisitos legais (fl. 64) (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 aplicou, *in totum*, a 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, § 4.º, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo 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 n.º 11.343/06 na sua integralidade, desde que seja mais benéfica ao réu, diante da impossibilidade de combinação de lei anterior e 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 Corrêu, 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: 2012/0160606-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 250.339 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10702073498280 40176755520078130702 702073498280

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

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. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: FABIO FERREIRA DE PAIVA CAVALCANTE
CORRÉU	: EDIMAR BRITO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.