HABEAS CORPUS Nº 203.933 - RJ (2011/0084871-2)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE	:	MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO	:	MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	ALEX LUIZ MAGALHÃES DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. **(1)** IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **(2)** ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. **(3)** CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 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*. AVALIAÇÃO A SER FEITA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. **(4)** REGIME INICIAL FECHADO. APLICADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. **(5)** NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do *writ* revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição do paciente. (Precedentes).

3. No julgamento do HC n.º 94.188/MS, em 16.11.2010, a Sexta Turma entendeu possível, 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 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga - Lei n.º 6.368/76 -, 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. A avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica ao paciente deve ser realizada pelo Juiz das execuções, a quem incumbe verificar se estão presentes os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e, caso positivo, definir o *quantum* de aplicação da causa de diminuição. Somente após averiguar o patamar de pena aplicado em decorrência de cada norma, poderá o magistrado comparar as reprimendas e concluir qual regramento deve incidir no caso concreto.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação

de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.
5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juiz das execuções que verifique a lei mais benéfica ao paciente: se a Lei n.º 11.343/06, com a redução prevista em seu art. 33, § 4º, caso cabível, ou se a Lei n.º 6.368/76, bem como, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 12 de novembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora

HABEAS CORPUS Nº 203.933 - RJ (2011/0084871-2)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE	:	MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO	:	MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	ALEX LUIZ MAGALHÃES DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEX LUIZ MAGALHÃES DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Recurso em Sentido Estrito nº 0003205-41.2006.8.19.0028).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado, em 16.5.2006, pela suposta prática do delito tipificado no art. 12 da Lei nº 6.368/76. O Juízo de primeiro grau desclassificou a imputação para a prevista no art. 16 da mesma lei, designando data para a realização de audiência de suspensão, determinando a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, expedido e cumprido, em 2.10.2006.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, julgado em 15.3.2011, tendo o Tribunal *a quo* o conhecido como apelação, e dado provimento para cassar a decisão recorrida e determinar que outra seja proferida, expedindo-se mandado de prisão (fl. 116).

As partes opuseram embargos de declaração, tendo o Tribunal estadual rejeitado os da defesa e acolhido os da acusação para "condenar o acusado como incurso nas penas do artigo 12 da Lei 6.368/76 a pena de 03 anos de reclusão, em regime fechado, e 50 dias-multa, nestes termos:

> O Ministério Público ofereceu denúncia em face de ALEX LUIZ MAGALHÃES DE OLIVEIRA imputando-lhe o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.
>
> Ao fim da instrução criminal, adveio decisão desclassificando para o delito de uso próprio e designando audiência especial e expedindo alvará de soltura.
>
> Contra essa decisão interpôs o MP Recurso em Sentido Estrito, que foi recebido.
>
> Considerando-se o princípio da fungibilidade dos recursos, conhece-se do presente como Apelação.
>
> Razão assiste ao órgão de acusação.
>
> O réu não nega a posse da droga apreendida cm sua residência, alegando, no entanto, que se destinava ao seu próprio uso.
>
> Foram apreendidos 14 sacolés contendo maconha mais um bloco de

> erva prensada e pequena quantidade de erva picada envolta em saco transparente, totalizando 65g de maconha, conforme laudo anexado aos autos.
>
> Além disso o próprio réu alega que "tinha sacolés vazios na casa do declarante proveniente da droga que o declarante já havia consumido".
>
> Segundo ainda o próprio acusado, a droga foi adquirida por RS 100,00, sendo que fumava de 04 a 05 cigarros de maconha por dia, e que a droga apreendida daria para "07 a 08 dias".
>
> Ora, a quantidade e a forma de acondicionamento da droga apreendida - em sacolés e em bloco - demonstram que não se destinava ao próprio uso, e os sacolés vazios confirmam tal conclusão. Afinal para que o acusado guardava os sacolés vazios provenientes da droga já consumida?
>
> Ademais, o réu não fez prova de trabalho lícito nem comprovou possuir renda suficiente para adquirir R$100,00 de maconha por semana, já que declarou perceber "cerca de R$120,00 por semana".
>
> Data vênia, o fato de não ter sido encontrado "com o acusado balança de precisão ou até mesmo rádio comunicador", como afirmou o sentenciante, não significa, em absoluto, que o réu não praticasse o comercio ilícito de drogas.
>
> De se dizer que mesmo admitindo-se ser o acusado usuário, tal não impede que também traficasse.
>
> Assim, a prova colhida não admite a desclassificação operada, merecendo ser reformada a decisão guerreada para condenar o acusado como incurso nas penas do artigo 12 da Lei 6368/76.
>
> Atenta aos parâmetros do artigo 59 do Código Penal, fixa-se a pena base em 03 anos de reclusão e 50 dias-multa, tornando-a definitiva ante a ausência de causas modificadoras.
>
> O regime prisional fixado é o fechado. Por tais razões, DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL. (fls. 131-133).

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que “os fundamentos utilizados no acórdão proferido pela autoridade coatora para considerar provada a prática de comércio ilícito de drogas não passam de meras elucubrações, contrariando completamente a prova dos autos” (fl. 12).

Entende que “compulsando os autos verifica-se que o conjunto probatório não é capaz de sustentar o decreto condenatório, posto que fundado em meras suposições” (fl. 14).

Defende a possibilidade de revaloração das provas em sede de *habeas corpus*, “posto que sem tal exame, a eventual situação de abuso no direito de ir e vir denunciada, objeto do remédio heroico tornar-se-ia insanável” (fl. 5).

Sustenta a “ilegalidade da prova produzida, uma vez que o paciente ao ser abordado em via pública não estava na posse de nenhum material ilícito, e os policiais revistaram a residência sem mandado judicial de busca e apreensão”, motivo pelo qual é “nula a prova que deve ser desentranhada, afastando a materialidade do crime” (fl. 17).

Destaca que a alegada apreensão de sacolés vazios não foi confirmada pela

prova testemunhal e, ainda, que "a residência do paciente não era um conhecido ponto de drogas, não foi encontrado nenhum dinheiro, e ele sequer foi detido no local" (fl. 18).

Por tais razões, reputa "ser impossível a condenação do ora paciente pelo delito de tráfico de entorpecentes, uma vez que não existem elementos para configurar o alegado tráfico de drogas" (fl. 19).

Subsidiariamente, afirma que o paciente faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em sua fração máxima (2/3), "já que primário e de bons antecedentes, inexistindo prova de que se dedique a atividade criminosa ou integre organização criminosa" (fl. 19).

Aduz ser possível a aplicação da Lei nº 11.343/06 aos delitos cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/76, quando aquela for mais benéfica ao réu.

Assevera que o regime inicial deverá ser modificado para o aberto e a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, colacionando precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal neste sentido.

Requer, liminarmente, a concessão de salvo-conduto ao paciente, "revogando-se e recolhendo-se o mandado de prisão expedido, ou, se acaso a esta altura já tiver sido cumprido o mandado de prisão, seja expedido alvará de soltura" (fl. 26). No mérito, pretende seja desconstituído o acórdão impugnado, para absolver o paciente da imputação pela prática do delito de tráfico de drogas. Alternativamente, busca a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a modificação do regime inicial, fixando-se o aberto, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 143-144.

As informações foram juntadas às fls. 151-166.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 169-182, da lavra do Subprocurador-Geral da República Juarez Tavares, opinando pelo não conhecimento parcial, e nessa extensão, pela concessão da ordem.

Segundo as últimas informações, o paciente cumpre pena no regime fechado.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 203.933 - RJ (2011/0084871-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. **(1)** IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **(2)** ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. **(3)** CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 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*. AVALIAÇÃO A SER FEITA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. **(4)** REGIME INICIAL FECHADO. APLICADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. **(5)** NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do *writ* revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição do paciente. (Precedentes).

3. No julgamento do HC n.º 94.188/MS, em 16.11.2010, a Sexta Turma entendeu possível, 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 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga - Lei n.º 6.368/76 -, 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. A avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica ao paciente deve ser realizada pelo Juiz das execuções, a quem incumbe verificar se estão presentes os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e, caso positivo, definir o *quantum* de aplicação da causa de diminuição. Somente após averiguar o patamar de pena aplicado em decorrência de cada norma, poderá o magistrado comparar as reprimendas e concluir qual regramento deve incidir no caso concreto.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das

> balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.
> 5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juiz das execuções que verifique a lei mais benéfica ao paciente: se a Lei n.º 11.343/06, com a redução prevista em seu art. 33, § 4º, caso cabível, ou se a Lei n.º 6.368/76, bem como, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS* – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na 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 argumento alinhavado na impetração - absolvição do paciente - não prescinde do revolvimento material fático-probatório, o que se afigura inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Assim, tal questão não é passível de solução por meio do *writ*, por demandar uma análise mais acurada dos fatos, depoimentos e todas as demais circunstâncias e provas em que se arrimaram as instâncias ordinárias.

A propósito, os seguintes julgados deste Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, INCISO II, DO CP. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE ROUBO PARA FURTO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. ROUBO CONSUMADO. DESNECESSIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. Para se desconstituir o édito repressivo como pretendido no *mandamus* seria necessário o exame aprofundado de provas, providência que é inadmissível na via angusta do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente.
>
> 2. Na hipótese vertente, constata-se que o Órgão Colegiado, ao proferir o acórdão objurgado, após proceder ao cotejo do contexto probatório, formou seu livre convencimento, concluindo pela existência de autoria e materialidade assestadas ao paciente quanto ao delito previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, fundamentando o édito repressivo nas declarações dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, nas contradições entre as afirmações dos agentes, bem como no depoimento da vítima, tudo em conformidade com o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.
>
> 4. Seguindo o entendimento deste Sodalício, não há como proceder a análise do pedido de desclassificação do crime de roubo para furto, pois se trata de alegação que exige análise aprofundada das provas produzidas nos autos, providência incompatível com a via estreita do *writ* (Precedentes).
>
> 5. Esta Corte de Justiça possui o entendimento de que o crime de roubo consuma-se com a posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessária que a mesma se dê de forma mansa e pacífica. Basta que cessem a clandestinidade e a violência para que se configure a posse da res furtiva (Precedentes).
>
> 6. Ordem denegada.
>
> (HC 97.775/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 16.11.2010).

> PETIÇÃO RECEBIDA COMO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ESTUPRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DENEGO A ORDEM.
>
> 1.A via estreita do *habeas corpus* não se presta à ampla dilação probatória, como se fosse um segundo recurso de apelação. Logo, na ação mandamental de rito sumaríssimo, é incabível a análise das argumentações de inocência do acusado e de insuficiência de provas para a condenação. (Precedentes)
>
> 2. Ordem denegada. (HC 125.001/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), DJe 01.07.2009).

Quanto à incidência da causa de diminuição, ao que cuido, a aplicação

retroativa da causa diminuição prevista na nova lei de drogas a fatos ocorridos na vigência da Lei n.º 6.368/76 não se mostra possível, dado que não se me afigura correta a combinação de leis. Esse entendimento há muito defendo.

De fato, admitir a incidência de circunstâncias da nova lei mais favoráveis ao paciente, criando-se uma terceira lei mais benéfica, mista, que reúna dispositivos de ambas as leis, trata-se de desconfigurar os termos de um mesmo e único dispositivo, o que, segundo meu entendimento, extrapola a função judicial, imiscuindo-se o julgador na tarefa legislativa, ao rechaçar uma opção política, desestabilizando o equilíbrio entre os Poderes do Estado.

Ora, não é dado ao Poder Judiciário ingressar em seara própria do Poder Legislativo. Isso porque, se prestigiada a tese ora agitada, estar-se-ia a congregar preceitos mais favoráveis de duas leis distintas, dando azo à criação de uma terceira - híbrida e anômala - norma.

É de ver que o § 4.º do artigo 33 traz uma norma una, porém complexa. Daí a indissociabilidade de seus comandos internos e justapostos. Um fato ninguém ignora: a *mens legis* da nova lei de drogas não foi suavizar o tratamento daqueles que resolvem traficar.

Com efeito, a partir do advento da Lei n.º 11.343/076, tornou-se mais rigoroso o tratamento dos grandes traficantes e daqueles que se entregam com frequência ao comércio malsão. Por outro lado, conferiu-se uma benignidade modulada em relação ao pequeno traficante que debuta na seara, com a previsão da causa de diminuição do § 4.º do art. 33.

Nesse âmbito, no julgamento do HC n.º 94.188/MS, em 16.11.2010, a Sexta Turma 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 11.343/2006, 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.

Veja-se, não há combinação de leis, mas aplicação da lei mais benéfica ao réu, levando-se em consideração o caso concreto. 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, 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 1094499/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 18/08/2010)

Na hipótese, a avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica ao paciente deve ser realizada pelo Juiz das execuções, a quem incumbe verificar se estão

presentes os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e, caso positivo, definir o *quantum* de aplicação da causa de diminuição. Somente após averiguar o patamar de pena aplicado em decorrência de cada norma, poderá o magistrado comparar as reprimendas e concluir qual regramento deve incidir no caso concreto.

Ademais, cumpre salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.
>
> Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; ulgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se

pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

> O Senado Federal resolve:
>
> Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.
> Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

> *"Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.
> 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.
> 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.
> 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

> 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.
>
> 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Com efeito, tais questões foram superadas pela Suprema Corte, de modo que não configuram fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional e verificar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, e 44 e incisos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, verifica-se que a condenação do paciente transitou em julgado. Assim, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, e incisos, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Concedo a ordem, de ofício, para determinar ao Juiz das execuções que verifique a lei mais benéfica à paciente: se a Lei n.º 11.343/06, com a redução prevista em seu art. 33, § 4º, caso cabível, ou se a Lei n.º 6.368/76, bem como, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0084871-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 203.933 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20060280031635 32054120068190028

EM MESA JULGADO: 12/11/2013

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

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

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

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO	:	MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	ALEX LUIZ MAGALHÃES 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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

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

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.