



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.699 - DF (2010/0082476-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : LEONARDO MELO MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : EDILINA LOPES DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 18, INCISO IV, DA LEI N.º 6.368/76. SUPERVENIÊNCIA DO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DA MAJORANTE. LEX MITIOR. NORMA DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. AUMENTO DE 1/6 QUE DEVE SER APLICADO AO CASO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal, e art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal. Enquanto a Carta Magna não condiciona temporalmente a retroatividade da lei penal mais benigna, o Código Penal ressalva que, mesmo na hipótese de trânsito em julgado da decisão condenatória, de qualquer modo, a lei posterior mais favorável deve ser aplicada aos fatos anteriores.

2. Hipótese na qual o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, previa causa de aumento de 1/3 a 2/3 da pena, quando os atos de preparação, execução ou consumação do delito ocorressem nas imediações ou no interior de estabelecimento penal, sendo que o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, diminuiu o *quantum* da majorante para o intervalo entre 1/6 e 2/3.

3. Se o aumento de pena foi fixado na sentença condenatória no seu mínimo legal, e considerando a retroatividade da *lex mitior* posterior, deve ser aplicado ao caso o aumento de 1/6 da pena, nos termos dispostos no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem concedida, a fim de, mantendo a condenação, fixar a pena em 2 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, além do pagamento de 45 dias-multa, calculados no valor unitário mínimo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.
Brasília (DF), 20 de março de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.699 - DF (2010/0082476-0)

IMPETRANTE : LEONARDO MELO MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : EDILINA LOPES DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de EDILINA LOPES DE OLIVEIRA – cumprindo pena em decorrência de condenação pela prática de tráfico de drogas –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que EDILINA LOPES DE OLIVEIRA foi denunciada como incurso no art. 12, c.c. o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, por ter sido surpreendida no interior do estabelecimento prisional na posse de 92,30 gramas de maconha.

O MM. Juiz da 2.ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal julgou procedente a ação penal para condenar a Paciente nos termos da denúncia, à pena de 04 anos de reclusão, em regime fechado, mais pena pecuniária de 100 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Irresignada, o Paciente interpôs a apelação n.º 2006.01.1.104803-5, requerendo a absolvição, bem como, subsidiariamente, a redução da reprimenda e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, nos seguintes termos:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE - NÃO CABIMENTO – RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – IMPERTINÊNCIA – AUTORIA UNA – REDUÇÃO PENA – LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA – SUBSTITUIÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - UNÂNIME.

- Incabível o pedido de absolvição frente ao argumento de que a apelante fora coagida moralmente, sendo esta coação resistível, vez que caberia conduta diversa.

- O reconhecimento da participação de menor importância não guarda pertinência com a espécie em questão, visto tratar-se de autoria una, sendo somente aplicável em situações que envolvam concurso de pessoas.

- Permite-se a redução da pena com arrimo no art. 33, § 4.º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 11.343/06, desde que atendidos os requisitos exigidos pelo novel diploma, ainda que condenado sob a égide da Lei n.º 6.368/76.

- Amparado no recente entendimento do Col. Supremo Tribunal Federal, permite-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que atendidos os requisitos legais." (fl. 85)

Contra esse acórdão, foi impetrado o presente *writ*, sustentando-se a ocorrência de constrangimento ilegal, pois, por força do princípio constitucional da retroatividade da lei nova mais benigna, o Tribunal impetrado não poderia ter deixado de reduzir a pena da Paciente, por força da incidência do previsto no art. 40 da Lei n.º 11.343/06, que trouxe fração mais benéfica aos incursos na causa de aumento do art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.3678/76. Requereu a Defesa a reforma do acórdão impugnado para que seja reduzida a fração utilizada para o aumento de pena em razão do art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76 para um sexto.

Foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 52/94.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 98/99, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.699 - DF (2010/0082476-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 18, INCISO IV, DA LEI N.º 6.368/76. SUPERVENIÊNCIA DO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DA MAJORANTE. LEX MITIOR. NORMA DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. AUMENTO DE 1/6 QUE DEVE SER APLICADO AO CASO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal, e art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal. Enquanto a Carta Magna não condiciona temporalmente a retroatividade da lei penal mais benigna, o Código Penal ressalva que, mesmo na hipótese de trânsito em julgado da decisão condenatória, de qualquer modo, a lei posterior mais favorável deve ser aplicada aos fatos anteriores.

2. Hipótese na qual o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, previa causa de aumento de 1/3 a 2/3 da pena, quando os atos de preparação, execução ou consumação do delito ocorressem nas imediações ou no interior de estabelecimento penal, sendo que o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, diminuiu o *quantum* da majorante para o intervalo entre 1/6 e 2/3.

3. Se o aumento de pena foi fixado na sentença condenatória no seu mínimo legal, e considerando a retroatividade da *lex mitior* posterior, deve ser aplicado ao caso o aumento de 1/6 da pena, nos termos dispostos no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem concedida, a fim de, mantendo a condenação, fixar a pena em 2 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, além do pagamento de 45 dias-multa, calculados no valor unitário mínimo.

VOTO

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

O acórdão impugnado foi fundamentado nos seguintes termos:

"[...] Todavia, quanto à pretensão formulada no sentido de ver reduzida a reprimenda fixada, tenho que razão assiste à apelante, em face da superveniência da Lei n.º 11.343/06.

Nesse sentido, compartilho do entendimento de que a nova Lei de Drogas deve ser aplicada de forma retroativa sempre em que, em qualquer aspecto, se apresentar de forma mais favorável ao réu (Informativo de Jurisprudência e Legislação n.º 127/TJDF).

Assim, uma vez atendidos aos requisitos exigidos pelo art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, merece ser reduzida a pena aplicada à recorrente.

Vejo, no entanto, que o novel diploma não permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e assim vem-se posicionando esta Turma, desde a égide da Lei anterior, a revogada Lei n.º 6.368/76.

Contudo, o col. Plenário do Supremo Tribunal Federal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recentemente, decidiu favoravelmente a questão, por maioria de votos, permitindo a substituição da pena, embora expressamente proibida pelo novo diploma legal, entendendo que na legislação vigente à época da condenação do réu não havia a vedação, cuidando-se, pois, de aplicação residual (HC n.º 85.894/RJ, em 19/04/2007).

Aderindo a esse novo posicionamento, a 2.^a Turma daquela Suprema Corte, em 08 de maio do corrente ano, deferiu habeas corpus impetrado em favor de condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do crime do artigo 12 da Lei n.º 6.368/76 para que lhe seja possibilitada a substituição da pena privativa de liberdade imposta por restritiva de direitos.

Naquela assentada, reconheceram, os Srs. Ministros, que não obstante a Lei n.º 11.343/2006 proibir expressamente a substituição, cuida-se de feito remanescente, a ser apreciado à luz da legislação anterior, por conter redação mais benéfica (HC n.º 84.715/SP, Informativo n.º 466/STF).

Logo, forte nas decisões supra, hei por bem substituir a pena privativa de liberdade imposta à recorrente por restritiva de direitos.

Frente às razões supra, dou provimento parcial ao recurso da ré para reduzir a reprimenda fixada, bem ainda proceder à substituição da pena aplicada.

Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal c/c artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, passo à dosimetria da pena. Valendo-me da análise das circunstâncias judiciais esposadas pelo i. Juiz prolator, mantenho irretocável a r. sentença na primeira fase da fixação da pena, esta fixada em 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, além do pagamento de 100 (cem) dias-multa.

Na segunda fase de aplicação da pena, verifico a existência da circunstância atenuante da confissão espontânea, razão pela qual diminuo a pena anteriormente imposta para o mínimo legal. Não vislumbro circunstâncias agravantes a serem aplicadas.

Finalmente, majoro a pena fixada em 1/3 (um terço), frente ao reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76. A seguir, reduzo a reprimenda em 1/4 (um quarto), nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, c/c art. 2.º, § único, do Código Penal, considerando ser tal dispositivo mais benéfico à ré, tornando-a, portanto, definitiva em **3 (três) anos de reclusão, além do pagamento de 75 (setenta e cinco) dias-multa**, calculados no valor unitário mínimo, à míngua de não incidirem outras causas de aumento ou diminuição a serem consideradas.

Amparado no recente entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n.º 84.715/SP e, ainda, à luz dos requisitos autorizadores do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, por igual período, nos moldes e condições a serem definidos pelo Juízo da Execução. Mantenho os demais consectários da r. sentença condenatória.

É como voto." (fls. 76/85)

Como se sabe, a lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vigência, de acordo com o art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal, e art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal. Enquanto a Carta Magna não condiciona temporalmente a retroatividade da lei penal mais benigna, o Código Penal ressalva que, mesmo na hipótese de trânsito em julgado da decisão condenatória, de qualquer modo, a lei posterior mais favorável deve ser aplicada aos fatos anteriores.

Na espécie, a Defesa sustenta que o Tribunal impetrado não poderia ter deixado de reduzir a pena da Paciente, por força da incidência do previsto no art. 40 da Lei n.º 11.343/06, que trouxe fração mais benéfica aos incursos na causa de aumento do art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76.

Como é consabido, o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, previa causa de aumento de 1/3 a 2/3 da pena, quando os atos de preparação, execução ou consumação do delito ocorressem nas imediações ou no interior de estabelecimento penal – caso dos autos.

Já o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 prevê o aumento de um sexto a dois terços, nas seguintes hipóteses:

*"Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei **são aumentadas de um sexto a dois terços**, se:*

[...]

*III - **a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais**, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;"*

Como se vê, o novo dispositivo legal diminuiu o *quantum* da majorante para o intervalo entre 1/6 e 2/3.

Na hipótese dos autos, o Magistrado singular, ao fixar pena imposta à ré na segunda fase da dosimetria, a majorou em 1/3, tendo em vista estarem configuradas as causas de aumento de pena do art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76.

Todavia, considerando que o aumento realizado pelo Juízo singular ficou no mínimo legal, observa-se que a Corte *a quo* não alterou o *quantum* da pena imposta ao réu.

Neste caso, se o aumento de pena foi fixado na sentença condenatória no seu mínimo legal, e considerando a retroatividade da *lex mitior* posterior, deve ser aplicado ao caso o aumento de 1/6 da pena, nos termos dispostos no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006. Em caso semelhante, esta Corte Superior assim decidiu:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 18, INCISO IV, DA LEI N.º 6.368/76. SUPERVENIÊNCIA DO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DA MAJORANTE. LEX MITIOR. NORMA DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. AUMENTO DE 1/6 QUE DEVE SER APLICADO AO CASO. ORDEM CONCEDIDA.

1- A Carta Magna não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna e o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, lei posterior de qualquer modo mais favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores.

2- Hipótese na qual o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, previa causa de aumento de 1/3 a 2/3 da pena, quando os atos de preparação, execução ou consumação do delito ocorressem nas imediações ou no interior de estabelecimento penal, sendo que o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, diminuiu o quantum da majorante para o intervalo entre 1/6 e 2/3.

3- Se o aumento de pena foi fixado na sentença condenatória no seu mínimo legal, e considerando a retroatividade da lex mitior posterior, deve ser aplicado ao caso o aumento de 1/6 da pena, nos termos dispostos no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006.

4- Ordem concedida, para reformar a dosimetria da pena imposta ao paciente, nos termos do voto da Relatora" (HC n. 83.502/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJ de 01/10/2007.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 6.368/76. APLICAÇÃO DA BENESSE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 E DA FRAÇÃO PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA NOVA LEI DE DROGAS. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO TRIBUNAL IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSES PONTOS.

[...] REPRIMENDA. TRÁFICO. ART. 18, IV, DA LEI 6.368/76. AUMENTO PREVISTO DE 1/3 A 2/3. ENTRADA EM VIGOR DA REGRA DO ART. 40, III, DA LEI 11.343/06. DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DA MAJORANTE PARA 1/6 A 2/3. LEX MITIOR. APLICAÇÃO IMEDIATA. RECONHECIMENTO DO CONSTRANGIMENTO DE OFÍCIO.

1. Constitui coação ilegal o aumento de pena, em razão do delito ter sido cometido em estabelecimento prisional, no mínimo legalmente previsto na antiga legislação - art. 18, IV, da Lei 6.368/76 - quando a nova regra, obviamente mais favorável, e por isso de aplicação imediata, prevê a elevação no patamar de 1/6 a 2/3 (art. 40, III, da Lei 11.343/06).

[...] 3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, em parte concedida para que o Tribunal de Justiça impetrado analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer o paciente, e para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta, concedendo-se, ainda, habeas corpus de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício para, em observância ao previsto no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, elevar a pena-base em 1/6, fixando-a definitivamente em 3 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 58 dias-multa." (HC 120680/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 05/04/2010.)

Nesse contexto, merece redimensionada a sanção, a partir dos critérios elencados no acórdão impugnado. Após a redução da pena ao mínimo legal, com a aplicação da atenuante da confissão espontânea, o acórdão *majoro[u] a pena fixada em 1/3 (um terço), frente ao reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76. A seguir, reduz[iu] a reprimenda em 1/4 (um quarto), nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, c/c art. 2.º, § único, do Código Penal, considerando ser tal dispositivo mais benéfico à ré*". Assim, chega-se ao total de 2 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, além do pagamento de 45 dias-multa, calculados no valor unitário mínimo, à míngua de não incidirem outras causas de aumento ou diminuição a serem consideradas.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem a fim de, mantendo a condenação, fixar a pena em 2 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, além do pagamento de 45 dias-multa, calculados no valor unitário mínimo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0082476-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 171.699 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1048032006 20060111048035

EM MESA

JULGADO: 20/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEONARDO MELO MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : EDILINA LOPES DE OLIVEIRA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.