

# SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## **Habeas corpus - Tráfico ilícito de entorpecentes - Crime cometido sob a vigência da Lei nº 6.368/76 - Impossibilidade de aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06) - Ordem concedida de ofício**

1. A primariedade e os bons antecedentes não são suficientes ao deferimento do benefício, pois, nos termos do que contido no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a aplicação da redução da pena depende, ainda, de que o agente não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, sendo certo que esta Suprema Corte, na via estreita do *habeas corpus*, não pode apreciar o conjunto probatório para conceder o benefício pleiteado.

2. As provas contidas nos autos bem demonstram que a paciente se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes e fazia dessa atividade o seu meio de vida.

3. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, é “inadmissível a conjugação da pena-base prevista na Lei nº 6.368/1976 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343/2006, visto que, agindo deste modo, o juiz atuaria como legislador positivo, criando uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico”.

4. *Habeas corpus* denegado.

5. Ordem concedida de ofício para modificar o regime prisional de integralmente fechado para o inicialmente fechado, absolver a paciente pelo crime de associação (art. 14 da Lei nº 6.368/76) e excluir da condenação a majorante prevista no inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76, caso tenha sido restabelecida pelo TJMG, mantendo-se a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei nº 6.368/76), com o aumento decorrente da incidência da causa prevista no inciso IV do art. 18 da referida lei.

6. Ao Juízo de Execuções caberá a nova dosimetria, observando o limite de 4 anos de reclusão, sob pena de *reformatio in pejus*.

**HABEAS CORPUS Nº 97.977 - MG - Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI**

Paciente: Lourdes Neide Costa. Impetrante: Defensoria Pública da União. Procurador: Defensor Público-Geral Federal. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

## **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, mas conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 20 de abril de 2010. - *Ministro Dias Toffoli* - Relator.

## **Relatório**

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Lourdes Neide Costa, buscando a redução da pena aplicada à paciente.

Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 116.036/MG impetrado àquela Corte, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Sustenta a impetrante, em síntese, que a paciente faz jus à aplicação retroativa do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que preenche todos os requisitos legais para o gozo do benefício estabelecido na referida lei. Aduz, para tanto, que

o fato da paciente ter praticado o delito em associação eventual não pode ter o condão de levar à afirmação de que a mesma tenha participação em atividade criminosa, como faz pensar o v. Acórdão objurgado (f. 6).

Argumenta, ainda, que,

depois do julgamento em comento, entrou em vigor lei penal mais benéfica que não faz previsão de majoração pela associação eventual, tendo ocorrido, conforme exegese do art. 107, inciso III, do Estatuto Repressivo, *abolitio criminis* (f. 12).

Conclui, assim, que

se impõe a aplicação da novel legislação, devendo retroagir para beneficiar a paciente, sob pena de contrariar e negar vigência, não só ao art. 107, inciso III, do Código Penal, como também ao art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e art. 2º, parágrafo único, do mesmo CP, que, em suma, garantem a retroatividade da lei penal posterior benigna (f. 12/13).

Traz julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema (f. 13).

Assevera, com relação a essa matéria, que,

apesar do douto Ministro Relator não ter abordado o mérito da questão no v. Aresto fustigado, eis que alegado na exor-

dial do tema, por dever de lealdade processual, competia tanto a ele quanto ao Tribunal de Justiça estadual o reconhecimento da benesse em testilha, não cabendo agora a paciente suportar a omissão jurisdicional, o que, de per si, configura constrangimento ilegal a ser sanado por este remédio heróico (f. 13).

Ao final, requer o deferimento de liminar para ser “decotada da pena imposta a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e reconhecer a presença do *abolitio criminis*, até decisão final” (f. 15) e, no mérito, a confirmação da liminar requerida (f. 15 - grifo no original).

O pedido de liminar foi indeferido. Por estarem os autos devidamente instruídos com as peças necessárias ao entendimento da questão, foram dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora (f. 79 a 82).

O Ministério Público Federal, às folhas 87 a 95, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Mario José Gisi, manifestou-se

pela denegação da ordem nos termos formulados, e concessão da ordem, de ofício, para que seja afastada da pena imposta ao recorrente a causa de aumento prevista no inciso III do art. 18 da antiga Lei de Tóxicos (grifo no original).

Em virtude da dúvida surgida a respeito da pena concretamente imposta à paciente, foram solicitadas informações ao Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Esmeraldas/MG, a fim de especificar em quais tipos penais se deu a condenação e qual a dosimetria aplicada (f. 114).

Aquele Juízo prestou informações à f. 127. É o relatório.

## Voto

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 116.036/MG, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, e tem como objetivo a redução da pena aplicada à paciente.

Narra a impetrante, na inicial, que:

[...]

A paciente foi condenada como incurso no art. 12 c/c art. 18, inciso IV, e art. 14, todos da Lei 6.368/76, à pena corporal de 07 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de cento e dezoito dias-multa.

Inconformada, interpôs recurso de apelação. A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento ao apelo, tão somente para absolvê-la do crime previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76. Posteriormente, a defesa pleiteou, perante o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a redução da pena em 2/3, com base na causa de diminuição disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

O magistrado, em decisão fundamentada, diminuiu a reprimenda imposta em 1/3, vez que a condenada preenchia os requisitos da Lei supramencionada, entendendo tal medida como necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Irresignado, o membro do *Parquet* opôs agravo em execução. A Corte Estadual deu provimento ao recurso, com o fito de reformar a decisão agravada, no tocante à concessão da causa de diminuição.

Contra esse *decisum*, a defesa impetrou *habeas corpus*. Alegou, em suma, o direito, no caso em comento, à aplicação retroativa do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, vez que primária, possuidora de bons antecedentes, além de não integrar organização criminosa. Ainda, que a nova Lei 11.343/06, em seu art. 35, somente fez previsão da associação estável, aos moldes da figura típica do art. 14 da Lei 6.368/76, porquanto a causa de aumento outrora prevista no art. 18, inciso III, foi revogada.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, denegou a ordem [...] [f. 4/5].

O acórdão ora questionado foi assim ementado:

*Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Pena aplicada: 7 anos de reclusão. Delito cometido na vigência da Lei 6.368/76. Redução de 1/6 até 2/3 da pena. Retroatividade do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas). Inadmissibilidade. Combinação de leis. Aplicação de uma ou outra legislação, em sua integralidade, conforme for melhor para o acusado ou sentenciado. Acórdão que reconhece que a paciente se dedica a atividades criminosas. Ausência dos requisitos legais. Dilação probatória incompatível com o *mandamus*. Parecer ministerial pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. O § 4º faz referência expressa ao *caput* do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.

3. O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica interna do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes.

4. A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2º do CPB e 5º, XL, da CF/88), sem, todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da

VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado.

5. Ocorre que, no caso concreto, o acórdão ora impugnado reconheceu que a paciente se dedica a atividades criminosas, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação retroativa.

6. A alteração dessa conclusão, a fim de verificar se a paciente se dedica ou não a atividades criminosas, enseja, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, *in casu*, não estão evidentes, impedindo a análise por meio da via exígua do *Habeas Corpus*.

7. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial (f. 73/74).

Inicialmente, no que concerne à pretensão da impetrante de ser aplicada a redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 à paciente, entendo não ser possível conceder a ordem.

Consta nos autos, em especial no voto do emittente Desembargador Herculano Rodrigues, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator do Agravo em Execução nº 1.0000.08.471790-9/001, a afirmação de que

embora não seja possível falar-se em organização criminosa, é inegável que a ré dedicava-se a atividades criminosas, em coautoria com os demais condenados, eis que praticava tráfico com habitualidade não só em locais públicos, mas também no interior do estabelecimento prisional, o que foi acolhido pela decisão colegiada (f. 60).

Salientou, ainda, que

tal vínculo durou cerca de 08 (oito) meses e, além da venda e transporte de drogas, a ré transmitia ordens do traficante Fábio Cícero Gonzaga, circunstâncias estas que, a meu aviso, não permitem a mencionada diminuição de pena, por caracterizar dedicação a atividades criminosas (f. 61).

O § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 tem a seguinte redação:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direito, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Vê-se que a primariedade e os bons antecedentes não são suficientes à concessão do benefício, pois, nos termos da redação do parágrafo acima transcrito, a aplicação da redução da pena depende, ainda, de que o agente não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Consta que a paciente se dedicava, exclusivamente, às atividades criminosas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes, sendo certo que esta Suprema Corte, na via estreita do *habeas corpus*, não pode apre-

ciar o conjunto probatório dos autos para identificar eventual possibilidade de aplicar a pleiteada redução.

Nesse sentido: HC nº 82.776/SC, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 4.4.08; HC nº 92.839/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Menezes Direito, DJ de 18.4.08; HC nº 92.870/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 22.2.08, entre outros.

Outro aspecto ressaltado pelo Ministério Público Federal é a impossibilidade de aplicação da norma contida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao presente caso.

Leio do parecer:

[...]

Não encontra respaldo a alegação, aventada pela defesa, segundo a qual a paciente, processada e condenada sob os ditames da revogada Lei nº 6.368/76, deveria ser beneficiada com a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por não integrar organização criminosa.

É cediço que a retroatividade na lei penal brasileira é limitada pela Constituição Federal, que estabelece, no inciso XL do art 5º, que 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'.

*In casu*, o recorrido foi condenado com base no *caput* do art. 12 da Lei nº 6.368/76, que previa pena em abstrato de 3 a 15 anos de reclusão. Por sua vez, para a mesma conduta criminal, a Lei nº 11.343/2006 estabelece, no *caput* do art. 33, pena de 5 a 15 anos de reclusão. Confrontando as duas normas, percebe-se que a nova Lei de Drogas atribui pena mais severa que a lei revogada. Não obstante a nova legislação tenha previsto no § 4º do art. 33 uma nova causa de diminuição de pena, esta não pode ser aplicada isoladamente, sendo necessário adotar todo o dispositivo penal.

Assim, a retroatividade do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não configura lei mais benéfica ao recorrido, representando o acórdão impugnado, portanto, afronta direta e frontal ao disposto no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal.

Ademais, o benefício inaugurado pelo § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 deve ser interpretado em estrita e absoluta consonância com a pena prevista no mesmo dispositivo legal, sendo inviável atribuir efeito benéfico que possibilite a retroatividade de apenas parte da norma para aplicar a diminuição sobre a pena prevista na antiga Lei de Entorpecentes.

Assim, é inadmissível a conjugação pena-base prevista na Lei nº 6.368/1976 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343/2006, visto que, agindo deste modo, o juiz atuaria como legislador positivo, criando uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a lição de Eugênio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli é indispensável:

'[...] deve-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei, esta inexistente, criada unicamente pelo intérprete' (ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 219).

Valiosos, também, os comentários do mestre Guilherme de Souza Nucci, amparado por outros doutrinadores:

[...] De nossa parte, preferimos atualmente a posição intermediária, apontada por Jiménez de Asúa, baseando-se em Von Liszt, ao lecionar que a fórmula mais exata leva o juiz a fazer uma aplicação mental das duas leis que conflitam - a nova e a antiga -, verificando, no caso concreto, qual terá o resultado mais favorável ao acusado, mas sem combiná-las, evitando-se a criação de uma terceira lei (*Lecciones de derecho penal*, p. 98-99). É também a posição adotada por Claus Roxin (*Derecho penal - parte general*, t. I, p. 167-168). E, na impossibilidade de combinar as leis, cremos ser da competência do juiz a escolha de qual norma é a mais favorável [...]. (Código Penal comentado, 5. ed. RT: São Paulo, 2005, p. 60.)

Nos moldes da doutrina, manifestou-se esse eg. Pretório Excelso no sentido da inadmissibilidade da combinação de leis que estejam em conflito no tempo para extrair-se daí um terceiro gênero, devendo as leis ser examinadas e aplicadas nas suas respectivas integridades. Nessa senda, merece destaque o seguinte julgado:

*'Habeas corpus. Lex mitior. Execução de sentença. Livramento condicional. Combinação de normas que se conflitam no tempo. Princípio da isonomia. O princípio da retroatividade da lex mitior, que alberga o princípio da irretroatividade da lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por consequência, ao livramento condicional, art. 5º, XL, da Constituição Federal e § único do art. 2º do Código Penal (Lei nº 7.209/84). Os princípios da ultra e da retroatividade da lex mitior não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. Habeas corpus indeferido.*

[...]

E assim dispondo a lei brasileira está conforme os ensinamentos da doutrina que determina o exame da lei antiga e da nova em suas respectivas integridades para verificar, então, qual a lei mais favorável.

[...]

De fato, é ilícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplicá-la em sua integridade, porém não lhe é permitido criar e aplicar uma *terza legge diversa*, de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, se transformaria em legislador' (STF, Segunda Turma, HC 68.416/DF, Min. Rel. Paulo Brossard, DJ 30.10.1992).

É, pois, inaplicável ao caso dos autos o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (f. 91 a 93).

Vejam-se, ainda, recentes precedentes das duas Turmas desta Suprema Corte sobre o tema:

Recurso ordinário recebido como *habeas corpus* substitutivo. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime cometido sob a vigência da Lei nº 6.368/76. Impossibilidade de aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06). Ordem denegada.

1. Recurso ordinário intempestivo recebido como *habeas corpus* substitutivo.

2. A primariedade e os bons antecedentes não são suficientes à concessão do benefício, pois, nos termos da

redação contida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a aplicação da redução da pena depende, ainda, de que o agente não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, sendo certo que esta Suprema Corte, na via estreita do *habeas corpus*, não pode apreciar o conjunto probatório dos autos para identificar eventual possibilidade de aplicação da redução da pena pleiteada.

3. As provas contidas nos autos bem demonstram que o paciente, além de ser integrante de um grupo que se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes, fazia dessa atividade o seu meio de vida.

4. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, é 'inadmissível utilizar a pena-base prevista na Lei nº 6.368/76 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343, visto que, agindo assim, o juiz criaria uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico'.

5. *Habeas corpus* denegado (RHC nº 95.615/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Menezes Direito, DJe de 13.3.09).

*Habeas corpus. Tráfico internacional de entorpecente. Crime cometido na vigência da Lei nº 6.368/76. Retroatividade do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Combinação de leis. Inadmissibilidade. Precedente do STF. Paciente que ostenta maus antecedentes. Ausência dos requisitos legais. Ordem denegada.* 1. A paciente foi condenada à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática da conduta tipificada no art. 12, *caput*, c/c o art. 18, I, ambos da Lei 6.368/76. 2. Requer o impetrante a concessão da ordem de *habeas corpus* para a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema Corte que, agindo assim, estaria criando uma terceira lei (*lex tertia*). 4. Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal, implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador. 5. No caso concreto, ainda que se entendesse pela aplicação da Lei nº 11.343/06, não se encontram presentes os requisitos do § 4º do art. 33 do referido diploma legal, visto que, de acordo com as informações de f. 34/36, a paciente ostenta maus antecedentes, por ter cumprido pena de 1 (um) ano por fraude bancária na África do Sul. 6. Diante do exposto, denego a ordem (HC nº 96.430/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 6.2.09).

Relativamente às alegações deduzidas pelo Ministério Público Federal, que se manifestou pela "[...] denegação da ordem nos termos formulados, e concessão da ordem, de ofício, para que seja afastada da pena imposta ao recorrente a causa de aumento prevista no inciso III do art. 18 da antiga Lei de Tóxicos" (f. 93 a 95), entendo que devem ser acolhidas.

Faço um breve relato dos fatos sobre essa questão.

Segundo a sentença condenatória, mais especificamente às folhas 45/46 dos autos, a paciente foi condenada pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei nº 6.368/76) e associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76), tendo, nos termos do art. 18, inciso IV, da Lei 6.368/76, a pena pelo crime de tráfico sido aumentada em 1/3, em virtude da traficância nas

dependências da penitenciária de segurança máxima Nelson Hungria, em Contagem/MG (f. 40).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por sua vez, ao dar parcial provimento à apelação, absolveu a paciente pelo crime de associação (art. 14), mas considerou a associação eventual para aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76, mantendo, no mais, a sentença de primeiro grau (f. 49 a 56). Com isso, a paciente restou condenada pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12), com a pena aumentada em razão das duas causas previstas nos incisos III e IV do art. 18 da Lei nº 6.368/76 (f. 56).

Posteriormente, na fase de execução de sentença, a defesa da paciente pleiteou a aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, tendo o Juízo monocrático deferido o pedido, e, ainda,

considerando que a majorante anteriormente prevista no art. 18, inciso IV, da Lei 6.368/76 foi aplicada em seu mínimo legal, qual seja 1/3 da pena, e que com o advento da nova Lei de Tóxicos, que manteve a majorante retromencionada, art. 40, inciso III, esse mínimo foi fixado em 1/6 da pena, art. 40, *caput*, majoro a pena de 02 (dois) anos em 1/6, fixando-a, em definitivo, em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses, relativamente ao crime anteriormente previsto no art. 12, c/c art. 18, IV, ambos da Lei nº 6.368/76 (f. 57 - grifos no original).

No Agravo de Execução nº 10000.08.471790-9/001, interposto pelo Ministério Público Estadual, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cassou a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, deferida anteriormente pelo Juízo de primeiro grau, por entender que não se tratava de associação eventual, mas de pessoa que se dedicava exclusivamente ao crime de tráfico, em coautoria com os demais acusados. Nada mencionou relativamente à incidência da majorante prevista no inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76 (associação eventual), aplicada quando do julgamento da apelação (f. 58 a 61).

As informações prestadas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Esmeraldas/MG, por outro lado, esclarecem que a paciente “foi condenada à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pelo crime definido no art. 12, c/c 18, IV, e 14 da Lei 6.368/76 e art. 29 e art. 69 do CPB, nos autos de nº 241.09.030 439-5 (autos do 07.615.745 - BH)” (f. 127). Esses dados, contudo, não conferem com as informações contidas nas peças juntadas aos autos, sendo certo que a paciente já teria sido absolvida pelo crime de associação (art. 14 da Lei nº 6.368/76) quando do julgamento da apelação (f. 56).

Ante o exposto, concedo a ordem de ofício para absolver a paciente pelo crime de associação (art. 14 da Lei nº 6.368/76) e excluir da condenação a majorante

prevista no inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76, caso tenha sido restabelecida pelo TJMG, mantendo-se a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei nº 6.368/76), com o aumento decorrente da incidência da causa prevista no inciso IV do art 18 da referida lei. Esse aumento, aliás, foi mantido pela Lei nº 11.343/06, em seu art. 40.

Ao Juízo de Execuções caberá a nova dosimetria, que deverá observar o limite de 4 anos de reclusão, sob pena de *reformatio in pejus*.

Concedo a ordem, ainda, de ofício, para, nos termos da jurisprudência reiterada desta Suprema Corte, modificar o regime prisional de integralmente fechado (informações de f. 127) para o inicialmente fechado.

### Extrato de ata

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, mas concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Ayres Britto. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 20.04.2010.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Suprocurador-Geral da República, Dr. Edson de Almeida.

Fabiane Duarte - Coordenadora.

(Publicado no DJe de 21.05.2010.)