



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.641 - RS (2011/0221033-8)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADÃO JÚNIOR MAGNUS DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI N. 6.368/1976. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. RETROATIVIDADE INTEGRAL DA LEI BENÉFICA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. AFERIÇÃO DA *LEX MITIOR*. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. VERIFICAÇÃO DIRETA POR ESTA CORTE. DESCABIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Segundo entendimento pacífico desta Corte, em razão da vedação à combinação de leis, é descabida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à reprimenda cominada nos termos da Lei n. 6.368/1976.

2. O condenado faz jus à aplicação integral da lei nova se esta lhe for benéfica. Contudo, no caso específico do tráfico de drogas, essa análise é feita caso a caso e consiste em verificar, essencialmente, se estariam preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de forma que, a partir da aplicação dessa causa de diminuição, a reprimenda final fosse menor do que aquela fixada nos termos da Lei n. 6.368/1976.

3. Após o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo da execução aferir se a lei nova é mais benéfica ao réu e, caso seja, proceder à sua aplicação (art. 66, I, da LEP).

4. Não cabe a esta Corte verificar diretamente qual lei seria mais benéfica ao paciente no caso concreto, uma vez que incorreria em indevida supressão de instância.

5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da execução que examine qual a lei mais benéfica no caso concreto: se a Lei n. 11.343/2006, com a redução prevista em seu art. 33, § 4º, caso o paciente preencha os requisitos necessários para a sua aplicação, ou se a Lei n. 6.368/1976.

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, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 13 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.641 - RS (2011/0221033-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de **Adão Júnior Magnus de Oliveira**, em que é apontado como órgão coator o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 (Ação Penal n. 151/2.03.0000768-2 – comarca de Palhares do Sul/RS).

Após o trânsito em julgado, requereu-se ao Juízo da Execução (PEC 13713-8 – 1ª Vara de São Jerônimo/RS) a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que foi indeferido, sob o fundamento de impossibilidade de combinação de leis. Interposto agravo em execução (70039592928), o Relator, monocraticamente, o desproveu. Manifestado agravo regimental, também lhe foi negado provimento (fl. 79):

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO EM EXECUÇÃO DEFENSIVO. INDULTO E APLICAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06. DELITO HEDIONDO. RECURSO DESPROVIDO.

Na presente impetração, afirma-se ser cabível a aplicação da Lei n. 11.343/2006 e da causa de diminuição prevista no seu art. 33, § 4º, pois seria mais benéfica ao réu.

Pede-se a aplicação da minorante explicitada.

Indeferida a liminar (fls. 89/90), o Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem (fl. 96):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/76. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06, SOBRE A PENA INSERTA NO ART. 12 DA LEI ANTIGA. IMPOSSIBILIDADE DE CONJUGAÇÃO DE LEIS. POSSIBILIDADE, ISTO SIM, DE RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA, A DEPENDER DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO. PRECEDENTES.

PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM, PARA QUE O MAGISTRADO DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS ANALISE, NO CASO CONCRETO - DESDE QUE MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE -, A POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA REFERIDA MINORANTE, OBSERVADAS AS BALIZAS CONTIDAS NO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CITADO DISPOSITIVO LEGAL.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.641 - RS (2011/0221033-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Consta da decisão proferida pelo Juízo das Execuções (fl. 34):

[...]

À vista dos argumentos trazidos tanto pela defesa, quanto pelo Ministério Público, razão merece o *Parquet*, pois, muito embora a lei 11.343/06, em seu artigo 33, § 4º, preveja causa especial de diminuição de pena – logo, mais benéfica – pretende a defesa a retroação da norma, somente neste ponto, haja vista que a nova Lei, além de trazer "benefícios", também traz outros rigorismos, antes não existentes na Lei 6.368/76, vigente à época do delito que restou condenado o Sentenciado.

Sinalo, que não se trata de negar vigência ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 5º, XL, da Carta Magna), mas, sim, trata-se de uma combinação de leis penais no tempo, e não da retroatividade da *lex mitior* em um todo.

[...]

O Tribunal *a quo* manteve a decisão sem lhe agregar novos fundamentos.

A ordem comporta parcial concessão.

Segundo entendimento pacífico desta Corte, em razão da vedação à combinação de leis, é descabida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à reprimenda cominada nos termos da Lei n. 6.368/1976.

Nesse sentido:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 insculpada 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 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 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 prisão).

Embargos de divergência providos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

(EResp n. 1.099.499/MG, Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, 18/8/2010)

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO. ART. 12, C.C. ART. 18, III, DA LEI 6.368/76. INCIDÊNCIA DO § 4.º DO ART. 33. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS.

CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. NÃO PREVISÃO DA NOVA LEI DE DROGAS. INVIÁVEL A SUA MANUTENÇÃO.

1. Consolidou-se no STF e no STJ o entendimento de que é inviável a conjugação de leis penais benéficas, dado que tal implicaria espécie de criação de terceira norma, com a violação do primado da separação dos poderes.

2. Assim, diante de condenação por fato ocorrido sob a égide da Lei 6.368/76, não é possível a incidência da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 tomando como base a pena da lei anterior, e ainda mais como no presente caso, em que se afirmou a condição de dedicar-se o agente à prática do ilícito e à quantidade considerável da droga.

3. Sendo a causa de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei 6368/76 revogada pela nova lei de drogas, Lei 11.343/76, inviável a sua manutenção em face do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Ordem concedida em parte para extrair a causa de aumento e, por conseguinte, fixar a pena definitiva em 3 anos de reclusão.

(HC n. 114.762/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 28/6/2011)

Na verdade, o condenado faz jus à aplicação integral da lei nova se esta lhe for benéfica. Contudo, no caso específico do tráfico de drogas, essa análise é feita caso a caso e consiste em verificar, essencialmente, se estariam preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de forma que, a partir da aplicação dessa causa de diminuição, a reprimenda final fosse menor do que aquela fixada nos termos da Lei n. 6.368/1976.

Após o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo da execução aferir se a lei nova é mais benéfica ao réu e, caso seja, proceder à sua aplicação (art. 66, I, da LEP).

A propósito:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. 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 norma, ou seja, a Lei n.º 11.343/06, 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.

2. 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.

3. 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. Ordem parcialmente concedida 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.

(HC n. 120.763/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 31/8/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/07. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE. EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. REGIME PRISIONAL. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL.

1. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

2. Desse modo, o disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 somente será aplicável aos delitos cometidos sob a vigência da antiga Lei de Drogas se, após efetuada a redução sobre a pena cominada no *caput* do art. 33, a nova legislação mostrar-se mais benéfica ao acusado. Precedentes.

3. Em razão da declaração de inconstitucionalidade, da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, o regime inicial fechado é obrigatório tão-somente aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometidos após a vigência da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação referido dispositivo, salvo se fizerem jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, caso em que a adequação do regime será necessária. No caso dos delitos praticados antes da alteração legislativa, o regime inicial da pena deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixado em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59 do Código Penal.

4. Hipótese em que a prática delitiva ocorreu em 02 de agosto de 2000.

5. Ordem concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que aprecie o eventual preenchimento dos requisitos necessários à concessão da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. *Habeas corpus* deferido, de ofício, a fim de afastar a obrigatoriedade do regime inicial fechado.

(HC n. 180.182/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 17/5/2011)

Outrossim, não cabe a esta Corte verificar diretamente qual lei seria mais benéfica ao paciente no caso concreto, uma vez que incorreria em indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem para determinar ao Juízo da execução que examine qual a lei mais benéfica no caso concreto: se a Lei n. 11.343/2006, com a redução prevista em seu art. 33, § 4º, caso o paciente preencha os requisitos necessários para a sua aplicação, ou se a Lei n. 6.368/1976.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0221033-8

HC 218.641 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 137138 15120300007682 70039592928 70041271222

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADÃO JÚNIOR MAGNUS 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 Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.