



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 146.478 - MS (2009/0173020-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRO TERTULIANO DA C PINTO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : DANIEL RAMIRES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. CONDUTA SOCIAL. PESSOA DESREGRADA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 3. MOTIVO. GANHO FÁCIL. INERENTE AO TIPO PENAL. ARGUMENTO INADEQUADO. 4. CULPABILIDADE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACRÉSCIMO NA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. 5. 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 Nº 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). 6. AFERIÇÃO *IN CONCRETO*. AVALIAÇÃO A SER FEITA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. 7. LEI A SER APLICADA. DECISÃO SOMENTE APÓS A ANÁLISE. 8. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. A existência de processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. A conduta social não pode ser aferida de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações, não bastando afirmar que "o acusado demonstra ser pessoa desregrada" e que "não se importa com o prejuízo que possa vir a causar para a sociedade com a prática de condutas criminosas".

3. Com relação ao motivo do crime, o Juízo *a quo* considerou-o como negativo, salientando que o acusado objetivava somente o lucro fácil. Contudo, nos termos em que considerado, confunde-se com o conceito do próprio tipo penal, posto ser requisito que lho integra, não ensejando, pois, aumento da pena-base.

4. Considera-se como desfavorável a circunstância judicial relativa à culpabilidade, diante da menção do julgador acerca da quantidade de entorpecente, visto constituir elemento concreto dos autos, retirado do delito em apreço, para dar supedâneo à sua consideração, motivando, pois, a majoração da pena-base nesse aspecto.

5. No julgamento do HC n.º 94.188/MS, em 16.11.2010, a Sexta Turma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 - 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.

6. 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.

7. 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.

8. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente e 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.

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 Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília, 20 de setembro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 146.478 - MS (2009/0173020-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRO TERTULIANO DA C PINTO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : DANIEL RAMIRES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de DANIEL RAMIRES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Apelação Criminal n.º 2007.004317-3/0000-00).

Extraí-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 24.3.06 e, ao final da instrução, condenado à pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 125 (cento e vinte e cinco) dias-multa, por infração ao disposto no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76.

Contra o édito condenatório, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim fundamentado, no que interessa (fls. 93/96):

"(...)

Ao contrário do sustentado pela defesa, o apelante é possuidor de péssimos antecedentes (f. 60), devendo essa circunstância ser levada em consideração para a fixação da pena-base.

Ademais, convém ressaltar que a folha de antecedentes contida nos autos é perfeitamente válida a comprovar os maus antecedentes do agente, sendo prescindível a certidão cartorária, informando se o acusado foi condenado ou absolvido e, ainda, se houve trânsito em julgado da sentença.

A certidão cartorária não é o único documento hábil à comprovação dos maus antecedentes. Qualquer documento oficial pode ser usado para provar os maus antecedentes ou a reincidência.

O STF também já decidiu no mesmo sentido:

"(...)

No caso em análise, existe folha de antecedentes emitida por órgão oficial do Estado, qual seja, Secretária de Segurança de Segurança Pública do Estado (coordenadoria de perícias), onde se atesta o péssimo antecedente do apelante.

Se não bastasse, as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP também se mostram desfavoráveis ao réu, conforme asseverou o magistrado, dentre elas, culpabilidade, a conduta social e os motivos do crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, vê-se que o julgador fixou a pena-base em 5 anos de reclusão não apenas valorando os maus antecedentes do apelante, mas todas as demais circunstâncias indicadas no art.59 do Estatuto Repressivo, justificando, dessa forma, o *quantum* punitivo aplicado.

O apelante requer ainda a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

No entanto, entendo pela impossibilidade de combinação de leis.

(...)

Diante dessas ponderações, entendo que não cabe a combinação de leis, razão pela qual deixo de aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, ainda que preenchidos os requisitos para sua incidência.

Diante disso, não houve nenhuma violação aos artigos: art. 5º, XL, da Constituição Federal e art. 2.º, *caput*, e parágrafo único, do Código Penal e art. 5º, LVII, da CF.

Por tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo-se a decisão em todos os seus termos. Decisão como o parecer."

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial, que não foi admitido. Do *decisum* adveio agravo de instrumento para esta Corte Superior (AG n.º 927.506), ao qual neguei provimento em 12.8.09, tendo advindo o trânsito em julgado na data de 30.9.2009.

Neste *writ*, alega o impetrante, inicialmente, que a sentença, assim como o acórdão impugnado, laboraram em equívoco, ao considerarem os inquéritos policiais e as ações penais em andamento como maus antecedentes para agravar a pena-base.

Aduz que a pena-base, no caso, deve ser reduzida ao seu patamar mínimo, tendo em vista que as demais circunstâncias judiciais fundaram-se em características inerentes ao tipo penal, configurando o *bis in idem*.

Sustenta, ainda, a aplicação da minorante prevista do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 ao caso em apreço. Cita precedentes dos Tribunais Superiores em que se decidiu que não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei n.º 6.368/76 com o parágrafo 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Requer, ao final, seja reformado o acórdão estadual, redimensionando-se a pena-base aplicada ao paciente ao seu mínimo legal e aplicando-se a redução prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Pleiteia, ainda, a intimação pessoal da Defensoria Pública da União da data de julgamento deste *writ*, para possibilitar a sustentação oral.

Proferi despacho (fls. 143/144) solicitando informações ao Juízo de origem, as quais foram prestadas às fls. 154/232, e ao Tribunal de origem, juntadas às fls. 236/259.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Ana Maria Guerrero Guimarães (fls. 261/267), pela concessão da ordem "para determinar ao Egrégio Tribunal de justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que, primeiramente, proceda à nova dosimetria da pena do paciente, sem consideração da presença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de maus antecedentes que estejam configurados por processos ou inquéritos em andamento e, após, examine eventual aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, fixando, de acordo com as diretrizes do art. 42 do mesmo diploma legal, o percentual de redução, o que deverá incidir sobre o *caput* do mesmo artigo, no caso de se tornar mais benéfica ao paciente".

Novo despacho foi proferido à fl. 277 solicitando informações complementares ao Colegiado estadual, trazidas às fls. 280/301.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 146.478 - MS (2009/0173020-9)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. CONDUTA SOCIAL. PESSOA DESREGRADA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 3. MOTIVO. GANHO FÁCIL. INERENTE AO TIPO PENAL. ARGUMENTO INADEQUADO. 4. CULPABILIDADE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACRÉSCIMO NA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. 5. 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 Nº 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). 6. AFERIÇÃO *IN CONCRETO*. AVALIAÇÃO A SER FEITA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. 7. LEI A SER APLICADA. DECISÃO SOMENTE APÓS A ANÁLISE. 8. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. A existência de processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. A conduta social não pode ser aferida de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações, não bastando afirmar que "o acusado demonstra ser pessoa desregrada" e que "não se importa com o prejuízo que possa vir a causar para a sociedade com a prática de condutas criminosas".

3. Com relação ao motivo do crime, o Juízo *a quo* considerou-o como negativo, salientando que o acusado objetivava somente o lucro fácil. Contudo, nos termos em que considerado, confunde-se com o conceito do próprio tipo penal, posto ser requisito que lho integra, não ensejando, pois, aumento da pena-base.

4. Considera-se como desfavorável a circunstância judicial relativa à culpabilidade, diante da menção do julgador acerca da quantidade de entorpecente, visto constituir elemento concreto dos autos, retirado do delito em apreço, para dar supedâneo à sua consideração, motivando, pois, a majoração da pena-base nesse aspecto.

5. 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 - 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. 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.
7. 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.
8. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente e 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.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

O objeto desta impetração abarca a fixação da pena-base no mínimo legal e a incidência da causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ante delito praticado sob a égide da Lei n.º 6.368/76.

Nesse âmbito, confira-se o dito pelo Magistrado de primeiro grau ao prolatar a sentença condenatória (fls. 158/162):

"(...)

Conforme consta da denúncia, em data de 24 de março de 2006, por volta de 01h, no posto da PRF local, o réu foi preso em flagrante delito, quando transportava, com a finalidade de mercancia e sem autorização, aproximadamente 14.765 (quatorze mil, setecentos e sessenta e cinco) gramas de '*Cannabis sativa L*', vulgarmente conhecida como 'maconha', substância essa que, como é cediço, causa dependência física e psíquica.

(...)

Passo, assim, a dosar-lhe a pena, nos moldes do art. 68 do Código Penal.

DOSIMETRIA DA PENA

a) Culpabilidade: o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta da acusado é de grande intensidade, pois, o mesmo sabia a todo o tempo que estava cometendo um fato ilícito e nocivo à sociedade, além de estar transportando grande quantidade de substâncias entorpecentes, o que revela alto potencial nocivo à sociedade ; **b) Antecedentes:** O réu registra antecedentes, conquanto há nos autos certidão de distribuição de processos na Comarca de Rondonópolis - MT, na 1ª e 2ª Vara Criminal, onde o réu é acusado pelos crimes do art. 121, § 2º, II e IV; art. 155, § 4º, IV, todos do Código Penal e pelo art. 10 da Lei 9437/97 (f.60); **c) Conduta social:** o acusado demonstra ser pessoa desregrada, com a vida voltada para o ganho fácil, sem se importar com prejuízo que possa vir a causar para a sociedade com a prática de condutas criminosas, em especial a dos presentes autos, de natureza equiparada a hedionda. **d) Personalidade:**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem elementos para se aquilatar; **e) Motivos do Crime:** o motivo é desprezível, porquanto o objetivo do réu era o lucro fácil em detrimento à sociedade, que padece, nos dias atuais, com o elevado índice de criminalidade gerada, em sua raiz, pelo tráfico de entorpecentes; **f) Circunstâncias e Consequências do Crime:** as circunstâncias são as normais para o tipo penal. As consequências do crime não lhe prejudicam apenas porque a droga foi apreendida a tempo e, ademais, não há prova de que o acusado tenha anteriormente transportado, com êxito, substância entorpecente; **g) Comportamento da Vítima:** também não há elementos para se aquilatar, até porque a vítima, em casos tais, é a coletividade.

Diante disso, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multa.

Considerando que o réu confessou espontaneamente a prática do delito, presente a atenuante do art. 65, inciso III, alínea 'd', do CP, razão pela qual minoro sua pena em 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias-multa, passando-a para **04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 125 (cento e vinte e cinco) dias-multa**, patamar que se torna definitivo ante a inexistência de outras operadoras.

Considerando a situação econômica do réu, fixo o dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelo contador judicial.

SUBSTITUIÇÃO, SURSIS E REGIME

Inaplicável ao caso a substituição da pena e o *sursis*, face ao não preenchimento dos requisitos, em especial de caráter objetivo (p. ex. *quantum* de pena), além de que tais *benesses* se mostram incompatíveis com a Lei de crimes hediondos.

O regime de pena a ser cumprido pelo acusado será o **inicialmente fechado** em razão da gravidade do delito e a pena aplicada, deixando de aplicar a lei dos crimes hediondos, nesta questão, declarando inconstitucional incidentalmente o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, por ferir o princípio constitucional da individualização da pena, o que aliás tem sido adotado pelo próprio Supremo Tribunal Federal e também pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Dispositivo.

Ex positis, julgo procedente a denúncia, para o fim de **CONDENAR o** acusado DANIEL RAMIRES, já qualificado nos autos, ao cumprimento da pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 125 (cento e vinte e cinco) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos **monetariamente**, em regime inicialmente fechado, por ter infringido o artigo 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76.

(...)"

O acórdão objurgado foi assim fundamentado, no que interessa (fls. 93/96):

"(...)

Ao contrário do sustentado pela defesa, o apelante é possuidor de péssimos antecedentes (f. 60), devendo essa circunstância ser levada em consideração para a fixação da pena-base.

Ademais, convém ressaltar que a folha de antecedentes contida nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos é perfeitamente válida a comprovar os maus antecedentes do agente, sendo prescindível a certidão cartorária, informando se o acusado foi condenado ou absolvido e, ainda, se houve trânsito em julgado da sentença.

A certidão cartorária não é o único documento hábil à comprovação dos maus antecedentes. Qualquer documento oficial pode ser usado para provar os maus antecedentes ou a reincidência.

O STF também já decidiu no mesmo sentido:

(...)

No caso em análise, existe folha de antecedentes emitida por órgão oficial do Estado, qual seja, Secretária de Segurança de Segurança Pública do Estado (coordenadoria de perícias), onde se atesta o péssimo antecedente do apelante.

Se não bastasse, as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP também se mostram desfavoráveis ao réu, conforme asseverou o magistrado, dentre elas, culpabilidade, a conduta social e os motivos do crime.

Assim, vê-se que o julgador fixou a pena-base em 5 anos de reclusão não apenas valorando os maus antecedentes do apelante, mas todas as demais circunstâncias indicadas no art. 59 do Estatuto Repressivo, justificando, dessa forma, o *quantum* punitivo aplicado.

O apelante requer ainda a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

No entanto, entendo pela impossibilidade de combinação de leis.

Quanto a este tema, vejamos os fundamentos adotados pelo Procurador Geral de Justiça, na Apelação Criminal n. 2006.019283-7 – Dourados, extraídos do voto do relator Des. Carlos Stephanini:

'Combinar as duas leis, no caso em tela, significa manter a pena de três anos aplicada sob a égide da lei antiga (6368/76) e ainda, diminuir a mesma em dois terços, com base na lei posterior (11.343/06), que prevê pena mínima de cinco anos para autorizar a referida diminuição.

Reiteramos, é tecnicamente impossível proceder a combinação das duas leis por não haver previsão legal.

Além disso, estaríamos criando uma duplicidade de benefícios, que nem os condenados pela lei nova gozariam, ou seja, fatalmente, estaríamos desrespeitando princípios básicos da constituição, como por exemplo o da igualdade.

A lei nova, de fato, merecer aplausos, no tocante a possibilidade de reduzir a pena dos 'traficantes de primeira viagem', já que acabou por aumentar a pena mínima cominada ao crime, de três para cinco anos, e ao elevá-la, propiciou causa de diminuição para réus primários que não integrem organização criminosa.

Assim vejamos o texto da Lei, *in verbis*:

'Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

§ 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 direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.'

Diante disso, como poderíamos aplicar a redução com base na pena anterior, que era mais branda justamente por não haver possibilidade de qualquer diminuição de pena?

Ora, ao conceder a redução pretendida, estaríamos tratando os iguais, desigualmente, pois apenas os condenados sob a égide da lei antiga poderiam diminuir dois terços de três anos e terem sua pena fixada em 01 (um) ano, já que os que forem condenados com fulcro na lei nova, somente poderão ter reduzida a pena de no mínimo cinco anos.

Outra medida intermediária, seria conceder a retroatividade para aplicar do parágrafo 4º, do artigo 33, da nova lei de drogas, porém, não com base no mínimo previsto pela lei antiga, (03 anos), e sim com base na nova lei, fixando a pena de cinco anos, que é o mínimo legal que autoriza a causa de diminuição de dois terços.

Caso contrário, estaríamos beneficiando alguém do necessário e, fatalmente, proporcionando a impunidade.

Por outro lado, adotamos uma outra medida intermediária, talvez a mais correta, a fim de evitar procedimentos desiguais e afronta a nossa Carta Magna, que seria impossibilitar a retroatividade da lei apenas quando a sua retroatividade resultasse em combinação de duas leis, já que esta não possui previsão legal.

Ou seja, manter a pena de 03 (três) anos de reclusão aos condenados primários e de bons antecedentes com base na lei antiga (6.368/76), sem contudo, possibilitar a redução da lei posterior, a fim de impedir a combinação das leis, ainda é a medida mais benéfica a ré.

Isso porque, a pena de multa cominada pela nova lei continuará sendo excessivamente prejudicial a ré, mesmo com a causa de diminuição do parágrafo 4º, do artigo 33. Sim, porque a nova Lei comina pena de 500 a 1500 dias-multa, ao passo que a Lei antiga comina a pena de 50 a 360 dias-multa.

Portanto, em qualquer hipótese a Lei nova é prejudicial a ré, tanto que no que se refere à pena de multa, que é gritantemente maior que a da lei antiga, quanto pela privativa de liberdade, que também é maior e não há como saber-se, se ante-mão, se com a redução do parágrafo 4º, do artigo 33. Sim, porque a nova Lei comina pena de 500 a 1500 dias-multa, ao passo que a Lei antiga comina a pena de 50 a 360 dias-multa.

Não há como aplicá-la retroativamente em prejuízo da acusada, concessa vênha.'

No mesmo sentido foram as contra-razões do Representante do *Parquet* naquela ocasião, *verbis*:

'Por outro lado, não poderá o julgador aplicar parte de uma lei e parte de outra, pois, do contrário, estaria legislando, ofendendo o princípio da tripartição dos poderes. Deverá ser aplicada a lei penal mais benéfica sempre, mas por interior, a lei toda. Este é o entendimento de Guilherme de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Souza Nucci, Fernando Capez, Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso.

Aliás, o célebre professor e Promotor de Justiça Fernando Capez em seu Curso de Direito Penal, Parte Geral, vol. 1, 2003, p. 56/57, ensina não ser possível a combinação de lei anterior e posterior para efeito de extrair de cada uma delas as partes mais benígnas ao agente. Assim expõe:

'.. entendemos não ser possível, uma vez que, ao dividir a norma para aplicar somente a parte mais benéfica, estar-se-ia criando uma terceira regra...'

Nesse mesmo sentido já houve julgados, com, por exemplo, STF, 2ª T, HC 74.695-SP, j. 11-3-97, STF, 1ª Tª., HC 75.284-5, J. 14-10-97; STJ, 6ª T., HC 5.546-SP, Rel. Min. Willian Patterson, j. 26-5-97.

Também, o nobre Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro, ao julgar os autos nº 1999.71.08.004418-9/RS, no dia 31 de março de 2004, assim explanou:

'... Além disso, entendo que ao mesclar duas leis, estaríamos criando uma terceira norma, estranha ao mundo jurídico, o que é vedado em nosso sistema...'

O ilustre juiz e professor Guilherme de Souza Nucci, em sua obra: 'Código Penal Comentado', 4ª ed. rev., atual., 2003, p.53 ensina que:

'... nem sempre é possível saber, com exatidão, qual é a lei penal mais benéfica, mormente quando várias são aplicáveis ao mesmo caso. Poderia o juiz combinar as leis penais, extraindo a posição mais benígna ao réu?... Contrários à tese, pois significaria permitir ao juiz legislar, criando uma outra lei, não prevista pelo legislador, encontram-se Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa júnior, José Henrique Pierangeli, dentre outros...'

Por fim, cabe expor também o posicionamento do notável professor Álvaro Mayrink da Costa, onde em sua obra "Direito Penal – Parte Geral", vol. I, tomo I, 3ª ed. atual, 1991 expõe:

'... O STF decidiu, ao julgar caso pertinente a roubo praticado contra estabelecimento bancário..., que em razão da superveniência de nova lei de segurança nacional, adota-se o princípio da *lex mitior*, aplicando-se a lei penal comum em sua integridade por ser mais favorável ao réu. Seguindo a lição de Manzini e o disposto no Código Australiano, de 11 de abril de 1889 (artigo XXVI), decidiu 'De fato, é lícito 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, Rec. Crim, 1.381-SP, Pleno, RTJ 94.501'

De fato, o que a apelante pleiteia é a retroatividade do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 combinado, ou não, com o artigo 12 da Lei 6.368/76, que prevê pena mínima de 3 anos.

Com a combinação das duas leis, a pena da apelante seria aplicada em 3



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(três) anos e diminuída de dois terços, ou seja, a pena ficaria fixada em 1 (um) ano.

Tal pretensão não deverá ser acolhida, pois não há possibilidade de combinação de dispositivo de duas leis.'

Diante dessas ponderações, entendo que não cabe a combinação de leis, razão pela qual deixo de aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, ainda que preenchidos os requisitos para sua incidência.

Diante disso, não houve nenhuma violação aos artigos: art. 5º, XL, da Constituição Federal e art. 2.º, *caput*, e parágrafo único, do Código Penal e art. 5º, LVII, da CF.

Por tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo-se a decisão em todos os seus termos. Decisão como o parecer."

Inicialmente, vê-se que o Juiz de primeiro grau aumentou a reprimenda em 2 (dois) anos de reclusão, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e ao motivo do delito.

Relativamente aos antecedentes do paciente, verifica-se que inexistente qualquer condenação, anterior a data do fato em apreço, com trânsito em julgado contra o paciente (fls. 165/168), tendo destacado o juiz a presença somente de processos distribuídos para a Comarca de Rondonópolis/MS (fl. 160).

Possui o acusado, então, somente processos e inquéritos em curso. Se assim o é, não poderia o juiz consignar maus antecedentes, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

Esse é o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. CONTRABANDO E DESCAMINHO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais: 'Em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se considera mau antecedente o processo criminal em curso' (HC-70.967, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 12.11.2007).

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 152.478/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011)

"*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ADEQUADA. GRAVIDADE ABSTRATA E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, em desarmonia com o disposto no artigo 59 do Código Penal, tendo o magistrado apontado a gravidade abstrata do delito e circunstâncias inerentes ao tipo penal para justificar a majoração, contudo, sem indicar qualquer elemento concreto e idôneo para tal fim.

2. O fato de o paciente responder a dois outros processos não é suficiente para demonstrar 'péssimos antecedentes', pois não se admite a utilização de processos sem trânsito em julgado para caracterização desfavorável das circunstâncias judiciais, nos termos da Súmula nº 444 desta Corte.

3. Assim, deve a pena do homicídio consumado ser reduzida ao mínimo legal de 12 anos de reclusão e a do homicídio tentado para 4 anos de reclusão.

4. Reconhecida a continuidade nas instâncias ordinárias, constata-se que ela é mais benéfica ao apenado. Dessa forma, deve a pena mais grave (12 anos de reclusão) ser aumentada em 1/6 - patamar adotado pelo Juiz - fixada a pena definitiva em 14 anos de reclusão.

4. Ordem concedida para reduzir a pena imposta ao paciente para 14 anos de reclusão."

(HC 141.620/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 28/03/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO. CONDENAÇÃO. PENA INFERIOR A UM ANO. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SÚMULA Nº 444/STJ.

1. Hipótese em que o magistrado *a quo* estabeleceu o regime prisional semiaberto e negou a substituição da pena por medida restritiva de direitos por reconhecer os antecedentes criminais do paciente, decorrentes de uma condenação sem trânsito em julgado.

2. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a utilização de inquéritos e processos em curso como maus antecedentes, exigindo-se, para tal fim, que haja sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Súmula nº 444/STJ.

3. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o desconto da sanção, bem como para substituir a pena corporal por prestação de serviços à comunidade, a ser detalhada pelo Juiz da execução, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão."

(HC 164.883/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. SURSIS. NÃO-CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A consideração de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento, para a exacerbação da pena-base e do regime prisional, viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF). Precedentes do STJ.

2. Fixada a pena em 6 meses de reclusão pela prática de delito cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, não havendo notícia de reincidência e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente ser beneficiado com o regime inicial mais brando e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito nos termos do art. 44 do Código Penal.

3. Somente é aplicável o *SURIS* às hipóteses em que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP (art. 77, III, do Código Penal).

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, mantendo-a no patamar de 6 meses de reclusão no regime aberto e 5 dias-multa, e deferir-lhe o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento."

(HC 140.306/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009)

Confira-se, inclusive, o que dispõe a Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

Outrossim, não constitui fundamentação adequada considerar a conduta social como desfavorável apenas pela alegação de que "o acusado demonstra ser pessoa desregrada, com a vida voltada para o ganho fácil, sem se importar com prejuízo que possa vir a causar para a sociedade com a prática de condutas criminosas, em especial a dos presentes autos, de natureza equiparada a hedionda" (fl. 160).

Com efeito, verifico que, na espécie, não invoca o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações desfavoráveis. Ao que se me afigura, tais assertivas não são passíveis de serem feitas por um julgador, que, em regra, não é um perito no estudo da ciência do comportamento e nos processos mentais do ser humano. Não foram, pois, expostos dados concretos que pudessem ser considerados como negativos. Sobre o tema, eis os julgados:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. 1. DOSIMETRIA DA PENA. DUPLA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VALORAÇÃO DE UMA DAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO PARA QUALIFICAR O DELITO E PARA FIXAR A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL NA PRIMEIRA ETAPA DE DOSIMETRIA DA PENA, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. 2. CONDUTA SOCIAL. DESFAVORÁVEL. COMETIMENTO DO PRÓPRIO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. AVALIAÇÃO ÉTICA DA CONDUTA DO PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 3. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NEUTRO. VALORAÇÃO EM PREJUÍZO DO ACUSADO. IMPOSSIBILIDADE. 4. ORDEM CONCEDIDA.

1. Inviável se torna a dupla valoração de qualificadoras, tanto para qualificar o delito, quanto para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, na primeira etapa de dosimetria da pena, sob pena de incorrer-se em bis in idem.

2. A conduta social do agente não pode ser considerada desfavorável apenas por conta do cometimento do próprio delito, assim como considerações de cunho ético e moral devem ser excluídas da avaliação.

3. O comportamento da vítima tachado como neutro não pode ser valorado como prejudicial ao acusado.

4 Ordem concedida para anular o acórdão que manteve a sentença, de modo a excluir as circunstâncias judiciais concernentes à culpabilidade, à conduta social e ao comportamento da vítima, por entendê-las fundamentadas com base em argumentos inidôneos, vedando qualquer consideração desfavorável com relação a estas circunstâncias, bem como para determinar ao tribunal a quo que proceda a nova individualização da pena, fundamentando adequadamente as demais circunstâncias (motivo, circunstâncias e conseqüências), redimensionando-se a pena apenas de acordo com estas."

(HC 67710/PE, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 22/04/2008)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO ANTES DA SENTENÇA. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Condenação referente a fato anterior transitada em julgado antes da sentença condenatória também pode ser considerada como maus antecedentes.

2. O fato de o réu ter pouco estudo, fumar e ingerir bebida alcoólica, peculiaridades que, a princípio, trazem malefícios a si mesmo, é inadequado para avaliar a sua conduta social, circunstância judicial que se relaciona com 'seu comportamento no trabalho e na vida familiar, ou seja, seu relacionamento no meio onde vive' ('Código Penal Comentado', Celso Delmanto, 5ª ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 59).

3. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de origem que refaça a dosimetria no que tange à fixação da pena-base, excluindo as considerações relativas à personalidade e à conduta social do paciente."

(HC 68.346/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E USO DE DOCUMENTOS FALSOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, AS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS DOS ACUSADOS. INTENSIDADE DO DOLO, MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA NULA. PRECEDENTES DO STJ.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada – observado o critério trifásico –, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Na hipótese, quanto à circunstância relativa à culpabilidade dos pacientes, verifica-se que o magistrado, imprópriamente, sopesou a intensidade do dolo da conduta delitiva, consubstanciado apenas no argumento vago e genérico da consciência destes de participação de uma organização criminosa.

3. A circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.

4. Consoante jurisprudência consolidada nesta Corte e no Pretório Excelso, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para majorar a pena-base.

5. Por fim, quanto à personalidade delitiva, tem-se que o julgador, utilizando-se dos envolvimentos penais pretéritos dos agentes ('propósitos voltados para a atividade criminosa'), novamente, de forma imprópria, majorou a pena-base dos pacientes. A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito.

6. Ordem concedida para, mantida a condenação dos pacientes, anular a sentença condenatória tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja elaborada, observando-se devidamente o critério trifásico, o qual deverá ser devidamente fundamentado e sem o aumento relativo aos maus antecedentes em relação ao réu Douglas Antunes."

(HC 50.331/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007 p. 550)

Com relação ao motivo do crime, o Juízo *a quo* considerou-o como desfavorável, salientando que "é desprezível, porquanto o objetivo do réu era o lucro fácil em detrimento à sociedade, que padece, nos dias atuais, com o elevado índice de criminalidade gerada, em sua raiz, pelo tráfico de entorpecentes" (fl. 161). Porém, a mercancia pressupõe o fornecimento de algo, tendo como contrapartida um pagamento. Assim, a venda de drogas busca o lucro decorrente do famigerado negócio. Desse modo, nos termos em que considerado, o motivo do delito confunde-se com o conceito do próprio tipo penal, posto ser requisito que lho integra. Eis o entendimento desta Corte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTARES DO TIPO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REPRIMENDA REDUZIDA.

1. A tão-somente indicação de que a ré buscou o lucro fácil não é de molde a autorizar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria, no referente ao narcotráfico, vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido.

(...)

2. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido tão somente para reduzir a pena-base para o mínimo legalmente previsto, concedendo-se, ainda, *habeas corpus* de ofício para reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea, restando a pena da paciente definitiva em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado."

(HC 139.535/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010)

"PROCESSO E DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. (1) PARCELAMENTO. NÃO ABRANGÊNCIA DE TODO O CRÉDITO EM QUESTÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO INTEGRAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. (2) DOSIMETRIA. PENA BASE. REFERÊNCIA A ELEMENTARES. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO. RECONHECIMENTO.

1. Para que se reconheça a extinção da punibilidade em razão do parcelamento do débito tributário é indispensável que a providência envolva todo o crédito tributário, mormente quando iniciado o pagamento é ele, posteriormente, inadimplido.

2. A dosimetria da reprimenda é operação lógica que se estrutura atendendo aos parâmetros constitucionais da individualização da pena e da motivação das decisões judiciais. Não se justifica a exasperação da resposta penal calcada em elementares típicas.

3. Ordem concedida para, preservada a condenação, reduzir a pena corporal para dois anos, dez meses e vinte dias de reclusão, mantida no mais o aresto guerreado."

(HC 130.428/GO, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 08/09/2009)

Por fim, no tocante à culpabilidade, disse o Magistrado de primeiro grau que "o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de grande intensidade (...) além de estar transportando grande quantidade de substâncias entorpecentes" (fl. 160). É de ver que, na espécie, arrola o juiz elemento concreto dos autos, retirado do delito em apreço, para dar suporte à sua consideração desfavorável, motivando, pois, a majoração da pena-base nesse aspecto. Sobre o tema, eis estes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TRANSPORTE DE 19,2 KG DE MACONHA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXASPERAÇÃO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI Nº 11.343/2006. CONFIGURAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão de terem sido consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos maus antecedentes e dos motivos, apontando-se circunstâncias concretas para fundamentar o mencionado aumento, tais como a elevada quantidade de droga apreendida - mais de 19 Kg de maconha - e a certidão de antecedentes criminais do paciente, não havendo que se falar, portanto, em constrangimento ilegal a ser sanado.

2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, para incidir a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual, sendo suficiente que haja evidência de que a droga tinha como destino outro Estado, o que foi evidenciado no caso dos autos pela confissão do paciente e pelo seu bilhete de passagem.

3. A aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 sujeita-se ao preenchimento dos requisitos previstos no mencionado dispositivo, o que não ocorreu na presente hipótese, por terem as instâncias ordinárias reconhecido os maus antecedentes e a reincidência do paciente.

4. *Habeas corpus* denegado."

(HC 100.644/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CULPABILIDADE. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTOS INERENTES AO TIPO. REDUÇÃO. VIABILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE.

1. Não sendo a questão relativa à aplicação da Lei 11.343/06 analisada pelo Tribunal *a quo*, tendo o Relator ressaltado a necessidade de se pleitear eventual benefício, primeiramente, no Juízo das execuções, não há como, nesta oportunidade, analisar essa matéria, sob pena de supressão de instância.

2. A quantidade da droga - no caso, com o paciente foram apreendidos 180 (cento e oitenta) invólucros contendo maconha - justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

3. A busca pelo lucro fácil não é fundamento idôneo para se justificar como negativas as circunstâncias judiciais ligadas aos motivos e consequências do crime, consoante iterativa jurisprudência desta Corte.

4. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, concedida parcialmente para reduzir a pena imposta ao paciente para 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, que deverá ser cumprida inicialmente em regime semiaberto."

(HC 170.141/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 05/05/2011, DJe 03/08/2011)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, incorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Dessarte, deve-se proceder apenas ao reparo na dosimetria da pena-base. Assim, afastadas as circunstâncias judiciais supramencionadas - antecedentes, conduta social e motivo -, somente persistindo a culpabilidade, reduzo o *quantum* da pena-base para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 75 (setenta e cinco) dias-multa. Mantenho a minoração da reprimenda em 6 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias-multa, em decorrência da atenuante da confissão espontânea, tornando-a em 3 (três) anos de reclusão, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário do ínfimo previsto em lei.

Diante da notícia de unificação de penas obtida junto à 2.ª Vara das Execuções Criminais de Campo Grande/MS, a fixação do regime deve ser feita pelo Juízo da VEC, pois o paciente encontra-se no cumprimento de reprimendas originárias de processos outros.

Inviável a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, em atenção ao disposto no inciso III do artigo 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo em parte a ordem** a fim de reduzir a pena imposta a DANIEL RAMIRES, nos autos da Ação Penal n.º 043.06.000373-4, da Vara Única da Comarca de São Gabriel/MS, para 3 (três) anos de reclusão, mais 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, com a determinação ao Juiz das execuções que verifique, estabelecidas as nascentes pelas quais ele deve percorrer, a aplicação da 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.

Comunique-se ao ilustre Ministro José Celso de Mello Filho, do Supremo Tribunal Federal, relator do HC n.º 109.594/MS, acerca do julgamento proferido na presente impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0173020-9

HC 146.478 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070043173 43060003734

EM MESA

JULGADO: 20/09/2011

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRO TERTULIANO DA C PINTO - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : DANIEL RAMIRES

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

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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