



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.138 - SE (2010/0112090-0)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ANTÔNIO SABINO DA SILVA
ADVOGADO : ANA CRISTINA OLIVEIRA FERNANDES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA EXTRA-ATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pontificou, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.094.499/MG, ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (antiga lei de drogas).

2. Frise-se que não fica afastada, no caso concreto, a possibilidade de incidência da referida minorante à pena cominada no art. 33 da Lei nº 11.343/06, desde que tal operação seja mais favorável ao réu. Dessa maneira, conferir-se-ia aplicabilidade ao princípio da retroatividade da Lei Penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL) sem malferir-se o princípio da separação dos poderes, que veda ao Judiciário o exercício da função legiferante típica.

4. Agravo regimental ao qual se dá parcial provimento para determinar que o Juiz das Execuções verifique, no caso concreto, e, desde que mais favorável ao recorrido, a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, observadas as balizas contidas no preceito secundário do referido artigo.

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, dar parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 15 de março de 2011 (data do julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.138 - SE (2010/0112090-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão de minha lavra, que negou provimento ao recurso especial, mantendo o acórdão que permitiu a aplicação retroativa do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em relação crime cometido na vigência da Lei nº 6.368/76.

Busca o agravante, em suma, o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, sustentando, para tanto, a impossibilidade de o magistrado combinar leis para se obter uma terceira norma, não almejada pelo legislador.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.138 - SE (2010/0112090-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pontificou, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.094.499/MG, ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Drogas).

Eis a ementa do aludido acórdão:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO PRETÓRIO EXCELSO. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da lex mitior, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33.

III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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 nº 1.094.499/MG, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 18/8/2010)

O julgamento acima referido pacificou a jurisprudência das Turmas da Terceira Seção desta Corte.

Cumprе ressaltar que a questão acabou também por se sedimentar no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dado que recentes julgados, inclusive de sua egrégia Segunda Turma, proclamam pela impossibilidade de incidência do redutor em tela à pena cominada ao art. 12 da Lei nº 6.368/76, de três a quinze anos de reclusão.

Observem-se os julgados da Corte Suprema, consubstanciados nas seguintes ementas:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus. 2. Aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 a crime cometido sob a égide da Lei n. 6.368/76. Combinação de leis parcialmente concedida pelo STJ. Entendimento conflitante com recentes decisões desta Segunda Turma. 3. Questão, todavia, superada, sob pena de reformatio in pejus. 4. Ordem denegada, a fim de manter a decisão proferida pelo STJ.

(HC nº 97.221/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/11/2010)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADIMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.

I - É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76. Precedentes.

II - Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Precedentes. III - É possível a fixação de regime inicial fechado quando a pena é em patamar inferior a quatro anos, e existirem circunstâncias judiciais desfavoráveis contra o paciente ou fatos concretos a justificar a decisão.

IV - Ordem denegada.

(HC nº 103.159/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 10/9/2010)

Embora a jurisprudência tenha se assentado pela impossibilidade de combinação de diplomas legislativos, não fica afastada a hipótese de aplicação, se mais favorável ao réu, da minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 sobre o preceito secundário do referido dispositivo, cuja pena corporal varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Com tal operação, conferir-se-ia aplicabilidade ao princípio da retroatividade da Lei Penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL) sem malferir-se o princípio da separação dos poderes, que veda ao Judiciário o exercício da função legiferante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

típica.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao agravo regimental a fim de determinar que o Juiz das Execuções verifique, no caso concreto, e, desde que mais favorável ao recorrido, a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, observadas as balizas contidas no preceito secundário do referido artigo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0112090-0

AgRg no
REsp 1.198.138 / SE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200320800089

200521100036

2008211000513

2009309214

422003

EM MESA

JULGADO: 15/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

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

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

RECORRIDO : ANTÔNIO SABINO DA SILVA

ADVOGADO : ANA CRISTINA OLIVEIRA FERNANDES - DEFENSORA PÚBLICA E
OUTROS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : ANTÔNIO SABINO DA SILVA

ADVOGADO : ANA CRISTINA OLIVEIRA FERNANDES - DEFENSORA PÚBLICA E
OUTROS

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, deu parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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