



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.268 - SP (2011/0301348-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : PRISCILA SIMARA NOVAES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLEBER CAMARGO PRADO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CASO SE MOSTRE MAIS BENÉFICA AO RÉU. RETROAÇÃO QUE SE MOSTRA DESFAVORÁVEL AO PACIENTE. *BIS IN IDEM*. NÃO CONFIGURADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

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. Encaixando-se a hipótese, em tese, no disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos pode reduzir-se para menos de 03 anos, a depender da fração redutora, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.

3. Todavia, *in casu*, verifica-se que o Ilustre Colegiado, afastou a aplicação da minorante, diante da reincidência do Paciente, de sorte que a aplicação da lei nova viria em seu prejuízo, o que não se admite.

4. Tratando-se de Paciente reincidente, não faz jus à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, nem tampouco resta caracterizado *bis in idem* diante da utilização da reincidência como agravante genérica e como fundamento para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, aplicável apenas ao réu primário e de bons antecedentes. Precedentes.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.268 - SP (2011/0301348-5)

IMPETRANTE : PRISCILA SIMARA NOVAES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLEBER CAMARGO PRADO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de KLEBER CAMARGO PRADO, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra a Impetrante que o ora Paciente foi condenado, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 01 ano e 11 meses de reclusão em regime fechado.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem houve por bem dar parcial provimento ao recurso ministerial, afastando a aplicação da minorante, aumentando as penas para 03 anos e 06 meses de reclusão, e 58 dias-multa.

Alega, nas presentes razões, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista a incidência, na espécie, da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06. Sustenta que, sendo o Paciente reincidente, o que ensejou o aumento da pena na segunda fase, "*haveria bis in idem no caso de não reconhecimento da causa de diminuição referida em razão do mesmo motivo, ou seja, da reincidência*" (fl. 04).

Requer, assim, inclusive em sede liminar, seja reduzida a pena, pela aplicação da aludida minorante.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 62/63.

As informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 71/74, opinando pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.268 - SP (2011/0301348-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CASO SE MOSTRE MAIS BENÉFICA AO RÉU. RETROAÇÃO QUE SE MOSTRA DESFAVORÁVEL AO PACIENTE. *BIS IN IDEM*. NÃO CONFIGURADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

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. Encaixando-se a hipótese, em tese, no disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos pode reduzir-se para menos de 03 anos, a depender da fração redutora, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.

3. Todavia, *in casu*, verifica-se que o Ilustre Colegiado, afastou a aplicação da minorante, diante da reincidência do Paciente, de sorte que a aplicação da lei nova viria em seu prejuízo, o que não se admite.

4. Tratando-se de Paciente reincidente, não faz jus à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, nem tampouco resta caracterizado *bis in idem* diante da utilização da reincidência como agravante genérica e como fundamento para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, aplicável apenas ao réu primário e de bons antecedentes. Precedentes.

5. Ordem denegada.

VOTO

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

Visa a Impetrante à diminuição da pena aplicada ao Paciente, condenado por tráfico de drogas, sob a égide da Lei n.º 6.368/76, mediante a incidência da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Verifica-se a inaplicabilidade, na espécie, do disposto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 – que permite a redução da pena aos condenados **primários**, de bons antecedentes, e que não se dediquem a atividades criminosas, nem integrem organização criminosa.

Com efeito, compulsando o acórdão prolatado pelo Tribunal de origem,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constata-se que a aludida causa de diminuição de pena restou afastada, ante os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"[...] O Juízo sentenciante considerou que ainda que o crime tenha sido praticado na vigência da Lei n.º 6.368/76, a aplicação da Lei n.º 11.343/2006 era mais benéfica.

Dessa forma, as penas foram fixadas nos patamares mínimos justificado pelas condições favoráveis do art. 59, do Código Penal, por entender que o Juízo sentenciante que as certidões às fls. 82, 85 e 86, tratam de condenações por demais antigas e não caracterizava, em razão disso, o reconhecimento de maus antecedentes.

Inciduiu sobre as penas a majoração de 1/6 por conta da reincidência comprovada, à fl. 87, resultando as penas em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, unidade mínima.

Ausentes circunstâncias atenuantes ou outras agravantes a serem consideradas.

Anote-se que o apelante foi beneficiado com a aplicação da diminuição prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, vez que o princípio vigorante é o do 'tempus regit actum'.

É vedado ao Juiz fazer a aplicação de duas leis diversas tirando uma terceira proposta, já que não é legislador.

É de se aplicar à espécie, pois, o artigo 12, 'caput', da Lei 6.368/76, sem qualquer alteração, mesmo porque o art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006 é uma faculdade e seu cabimento deve ser analisado caso a caso.

[...]

Soma-se a isso o fato de que o referido dispositivo veda a concessão desse benefício em razão da reincidência.

Entretanto, verifico que o ilustre Magistrado fez menção a que a Lei que regulava a matéria era a Lei n.º 6.368/76 em seu artigo 12 e aplicava a nova por ser mais benéfica.

[...]

Por outro lado, o afastamento do benefício e a aplicação da Lei n.º 6.368/76 exaspera também a pena restritiva de liberdade que fica fixada como na sentença em 3 anos e 6 meses de reclusão, em inicial regime fechado e 50 dias-multa, no piso mínimo dessa lei especial, penas exasperadas de 1/6 pela reincidência (fls. 87).

Dessa forma, ausentes causas de aumento ou outras de diminuição, não cabendo a substituição por penas restritivas de direitos, eis que insuficientes à repressão e prevenção, em razão da reincidência e porque a infração é equiparada a delito hediondo.

[...]

Isso posto, dá-se parcial provimento ao apelo ministerial para reconhecer a incidência do art. 12, caput, da Lei n.º 6.368/1976, fixando as reprimendas em 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 58 dias-multa [...]" (fls. 51/57)

Nesse contexto, não preenchidos os requisitos legais, conforme afirmado pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo sentenciante, o qual, de acordo com a prova produzida nos autos, afirmou tratar-se de réu reincidente, não faz jus à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE UM DOS SEUS REQUISITOS. PROGRESSÃO DE REGIME. REITERAÇÃO DE WRIT ANTERIOR. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1 - Trata-se, o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, de norma de direito material de observância obrigatória quando da fixação da pena nos delitos por ela regulados, assim também em relação aos seus correspondentes estabelecidos na legislação anterior, por imperativo constitucional, eis que beneficia o agente dada a possibilidade de redução da reprimenda.

2 - Não faz jus à diminuição da pena o paciente que é detentor de maus antecedentes, circunstância devidamente reconhecida pelo Tribunal de origem.

3 - Inviável dar curso ao writ quanto ao pleito de afastamento do óbice à progressão de regime prisional, por se tratar de reiteração de pedido anterior (HC nº 78.939/MS), em que a ordem, inclusive, já foi concedida.

4 - Habeas corpus conhecido em parte e denegado." (HC 81.892/MS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 06.05.2008, DJe 26.05.2008.)

"HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO – POSSIBILIDADE – PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS EM DESFAVOR DO PACIENTE – DESCONSIDERAÇÃO DE AGRAVANTE – NECESSIDADE DE INCURSÃO NO CONJUNTO PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – DELAÇÃO PREMIADA – APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DO ARTIGO 33, 4º, DA LEI 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – WRIT DENEGADO.

1- É possível que se fixe a pena em patamar superior ao mínimo legal, desde que a decisão seja corretamente fundamentada, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Código Penal.

2- Havendo circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, consideradas em desfavor do réu, não se exige a fixação da pena-base no mínimo legal.

3- Para a desconsideração da agravante resultante da coação ou indução, necessário se faz a incursão profunda no conjunto probatório, o que não é possível em sede de habeas corpus.

4- Para a configuração da delação premiada, não basta a admissão, por parte do réu, da prática do crime a ele imputado, sendo necessário o fornecimento de informações eficazes, capazes de contribuir para a identificação dos comparsas e da trama delituosa.

5- Não se aplica a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, se o paciente não é primário, não possui bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes e se dedica a atividades criminosas.

6- *Ordem denegada.*" (HC 92.922/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 25.02.2008, DJe 10.03.2008.)

Como bem ponderou o Tribunal *a quo*, não se pode conceber, na espécie, a possibilidade de combinação de leis, porquanto a minorante insculpida o § 4.º do art. 33 é regra dirigida ao *caput* do mesmo artigo, não podendo o juiz cindir a norma para aplicá-la somente em parte, em combinação com outra, criando uma terceira norma, sob pena de se transmutar em legislador.

Nesse sentido, trago à colação o escólio de Nelson Hungria, *in verbis*:

"[...] *cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis.*" (HUNGRIA, Nélson, Comentários ao Código Penal. Ed. Forense, RJ, 1977, 1º vol., 1 t., pág. 120.)

Vedada a aplicação parcial do art. 33, resta saber qual das normas é a mais favorável ao réu, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

A lei antiga comina pena mínima de 03 anos de reclusão (art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76), enquanto a nova prevê 05 anos de reclusão (art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06), denotando, *prima facie*, ser mais gravosa e, por conseguinte, inaplicável aos fatos anteriores.

Não obstante, a alteração do sistema introduzido com a novel legislação, a par de dispensar tratamento mais rigoroso ao traficante, com a elevação das penas mínimas, possibilitou ao magistrado o abrandamento do rigorismo, instituindo causa de diminuição de 1/6 a 2/3 (§ 4.º do mesmo art. 33), em se tratando de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, o que traria a pena, se fixada no mínimo e sem acréscimos, para o patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo utilizada a redução máxima de 2/3.

Assim, nesses casos, tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos pode reduzir-se para menos de 03 anos, a depender da fração redutora, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.

Entretanto, na hipótese *sub examine*, a minorante restou afastada pelo Tribunal *a quo* ante o não-preenchimento do requisito objetivo, em face da reincidência do Paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Observa-se, portanto, a total idoneidade da motivação apresentada pelo julgador para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista na novel legislação, na medida em que a retroação da lei posterior, mostra-se, *in casu*, desfavorável ao réu.

Outrossim, ao contrário do que sustenta o Impetrante, não resta caracterizado *bis in idem* diante da utilização da reincidência como agravante genérica e como fundamento para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, aplicável apenas ao réu primário e de bons antecedentes.

Confirmam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, necessário o preenchimento de todas as condições elencadas na lei, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa.

2. Inviável o reconhecimento da minorante em questão quando evidenciado que o paciente é comprovadamente reincidente, pouco importando se a reincidência é específica ou não, já que ausente qualquer distinção feita pelo legislador nesse sentido.

3. Não há que se falar em *bis in idem* quando considerada a reincidência na segunda etapa da dosimetria, como agravante genérica, e na terceira fase de aplicação da pena, como impeditivo para o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, pois se trata apenas de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação da reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e à reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

4. Ordem denegada." (HC 178.933/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 09/03/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE UM DOS SEUS REQUISITOS. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA.

I - Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois expressamente reconhecido na r. sentença condenatória que o paciente, por ser reincidente, não preenche os requisitos legais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Dentro dos limites legais, uma vez configurada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

III - Não resta caracterizado bis in idem na utilização da reincidência como causa ensejadora da não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, bem como agravante da pena, ante expressa previsão legal.

Habeas corpus denegado." (HC 148.575/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 04/10/2010.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0301348-5

HC 228.268 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16572006 2060068037 68033920068260050 990081598868

EM MESA

JULGADO: 28/02/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PRISCILA SIMARA NOVAES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : KLEBER CAMARGO PRADO (PRESO)

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.