



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 88.636 - SP (2007/0187120-5)

RELATOR : MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/CE)
IMPETRANTE : PAULO SÉRGIO MENDONÇA MONTEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO SÉRGIO MENDONÇA MONTEIRO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. **MODUS OPERANDI.** ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se reconhece o alegado constrangimento ilegal se a pena-base do crime de tráfico de drogas foi fixada acima do mínimo legal devido à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente o fato de o paciente agir em um estacionamento que servia como fachada para um disk-drogas, nas mediações de dois estabelecimentos de ensino e numa organização bem armada, com divisão de tarefas, na qual ele exercia papel de liderança, agenciando os entregadores e fornecendo a droga para comercialização, bem ainda a considerável quantidade de droga apreendida em seu apartamento (mais de 7 kg de entorpecente - entre cocaína e maconha), mostrando-se, pois, irrepreensíveis os fundamentos adotados no decreto condenatório e confirmados no acórdão impugnado.

2. A possibilidade de revisão da pena-base imposta pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, em sede de **habeas corpus**, somente é permitida excepcionalmente, desde que atinente a questões objetivas, não havendo espaço para incursões em aspectos subjetivos. Assim, não obstante a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal, é inviável, no presente caso, alterar o **quantum** de aumento, eis que, inevitavelmente, reclamaria um exame subjetivo de ponderação na análise das circunstâncias judiciais, não havendo flagrante desproporcionalidade no acréscimo adotado pelas instâncias ordinárias a evidenciar o alegado constrangimento ilegal.

3. Servindo a confissão do paciente colhida na fase extrajudicial e retratada em juízo, para embasar o decreto condenatório, é de rigor a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, **d**, do Código Penal em seu favor.

4. A recente jurisprudência da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou a compreensão no sentido da impossibilidade de combinação das leis nº 6.368/1976 e nº 11.343/2006. Nada impede,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no entanto, que a novel legislação seja utilizada por inteiro, verificando-se em cada caso se a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, aplicada ao preceito secundário da nova lei, resulta em situação mais favorável ao acusado, respeitado, assim, o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

5. Não faz jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o paciente que se dedica à atividade criminosa.

6. Na hipótese, as circunstâncias que cercaram a empreitada delituosa, notadamente a grande quantidade de droga apreendida e o **modus operandi** demonstram que o paciente não se trata de traficante eventual, mas de pessoa que vive do tráfico de drogas, sendo condenado inclusive pelo delito de associação para o tráfico e com a pena-base para o delito de tráfico de drogas fixada bem acima do mínimo legal, em razão das desfavoráveis circunstâncias judiciais, não restando evidenciado, portanto, qualquer coação ilegal.

7. **Habeas corpus** parcialmente concedido apenas para, aplicada a atenuante da confissão espontânea, reduzir a reprimenda do paciente na ação penal de que aqui se cuida para 11 anos e 9 meses de reclusão e 145 dias-multa.

*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 10 de maio de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 88.636 - SP (2007/0187120-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado, em causa própria, por Paulo Sérgio Mendonça Monteiro, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 12, **caput**, e art. 14, **caput**, c/c o art. 18, IV, todos da Lei nº 6.368/1976, às penas de 15 anos de reclusão, e 250 dias-multa. Em sede de apelação criminal, foi dado parcial provimento ao apelo da defesa para reduzir a reprimenda para 13 anos e 6 meses de reclusão e 175 dias-multa.

Busca a impetração a redução da pena-base referente ao crime de tráfico de drogas, afirmando que esta foi exacerbada sem a devida fundamentação, o reconhecimento da confissão espontânea, bem como seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

A liminar foi indeferida à fl. 21 pelo Ministro Paulo Gallotti, antigo relator.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações às fls. 25/26.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 163/170), opinou pelo conhecimento parcial da ordem, e, se totalmente conhecida, pela concessão parcial apenas para reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 88.636 - SP (2007/0187120-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): A irresignação merece parcial acolhida.

Quanto ao pleito de redução da pena-base, veja-se o que disse o magistrado sentenciante, no que interessa:

“Atento à diretriz do artigo 59 do Código Penal, observo que os réus, embora primários, perpetraram delito gravíssimo, de enorme repercussão local; acreditando na impunidade agiram no centro da cidade, realizando o comércio de drogas de forma escancarada; no estacionamento que servia de fachada, montaram um 'disk-drogas', para alimentarem o vício de inúmeros consumidores, auferindo grandes lucros, através de atividade criminosa rentável, organizada com divisão de tarefas. Objetivando o fim comum de ganharem dinheiro na venda de drogas. Ora, tal conduta merece ser severamente reprimida por parte do Estado, na medida da participação de cada um dos envolvidos.

Nesse passo, considerando o papel de liderança exercida por Paulo Sérgio, que não só agenciou os entregadores como fornecia a droga para as vendas, fixa a sua pena por infração ao artigo 12, caput, da Lei nº 6.368/76, em 9 (nove) anos de reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multa, de menor valor.

Somo 1/3 (um terço) pela causa de aumento referida, perfazendo 12 (doze) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, de menor valor.

Pelo crime de associação para o tráfico fixo a sua pena em 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, de menor valor.

A pena definitiva, portanto, de Paulo Sérgio Mendonça Monteiro fica estabelecida em 15 (quize) anos de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, de menor valor.” (fls. 94/95)

O Tribunal de origem, por sua vez, assim se manifestou sobre o tema:

“4.- Descabida a redução das penas de Paulo sob o fundamento de que foram excessivas, uma vez que o aumento foi bem justificado na r. sentença (fls. 644), que levou em consideração o papel de liderança por ele exercido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o qual agenciou os entregadores e preparava e fornecia as drogas para venda, sendo relevante anotar que, no apartamento por ele alugado, foram apreendidos mais de 7 Kg de entorpecentes.

Não há que se falar na aplicação da atenuante da confissão. O réu não confessou amplamente os fatos. Retificou seu depoimento em juízo, afirmando que havia sido coagido. Confirmou que traficava, mas afirmou que fazia isso sozinho, negando a participação dos co-réus.

5 - Pequenos reparos merecem a reprimenda.

Afasta-se a condenação pela pena de multa, quanto ao delito previsto no art. 14, da Lei nº 6.368/76, nos termos do art 8º, da Lei 8072/90, porque não cominada.

Nesse sentido:

(...)

O acréscimo de 1/3 (mínimo previsto), pela incidência do art. 18, IV, da Lei nº 6.368/76, deve ser alterado para 1/6, em razão do disposto no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, mais benéfica aos acusados.

Dessa forma, a reprimenda resta definitiva em 3 anos e 6 meses de reclusão e 58 dias-multa, para o tráfico, e 3 anos de reclusão, para a associação para todos os réus, totalizando 6 anos de reclusão e 58 dias-multa, exceto para Paulo, que tem sua reprimenda reduzida para 10 anos e 6 meses de reclusão e 175 dias-multa, para o crime de tráfico., e 3 anos de reclusão para a associação, num total de 13 anos e 6 meses de reclusão e 175 dias-multa.” (fls. 156/158)

Como visto, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, visto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em função das desfavoráveis circunstâncias judiciais apontadas na sentença condenatória, notadamente o fato de o paciente agir em um estacionamento que servia como fachada para um disk-drogas, nas mediações de dois estabelecimentos de ensino e numa organização bem armada, com divisão de tarefas, na qual ele exercia papel de liderança, agenciando os entregadores e fornecendo a droga para comercialização, bem ainda a considerável quantidade de droga apreendida em seu apartamento (mais de 7 kg de entorpecente - entre cocaína e maconha), mostrando-se, pois, irrepreensíveis os fundamentos adotados no decreto condenatório e confirmados no acórdão impugnado.

Ademais, impende ressaltar que a possibilidade de revisão da pena-base imposta pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, em sede de **habeas corpus**, somente é permitida excepcionalmente, desde que atinente a questões objetivas, não havendo espaço para incursões em aspectos subjetivos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não obstante a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal, entendo ser inviável, no presente caso, alterar o **quantum** de aumento, eis que, inevitavelmente, reclamaria um exame subjetivo de ponderação na análise das circunstâncias judiciais, não havendo, a meu sentir, flagrante desproporcionalidade no acréscimo adotado pelas instâncias ordinárias a evidenciar o alegado constrangimento ilegal.

A propósito:

A - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 E ART. 35, 40, III E VI, AMBOS DA LEI 11.343/06). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (7 ANOS) E ASSIM MANTIDA. PENA TOTAL: 12 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE TRAFICANTE DA REGIÃO, ATUANTE EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (130 PORÇÕES, ENTRE COCAÍNA E CRACK, VENDA DE 20 PORÇÕES POR DIA). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO **WRIT**. ORDEM DENEGADA.

1. Ausente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do **Habeas Corpus**, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal foi devidamente justificada pelo Julgador, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. Com efeito, o fato de o paciente ser grande traficante, conhecido na região em que atuava, a magnitude da quadrilha que integrava e a grande quantidade de droga comercializada, cerca de 20 porções de cocaína por dia, justifica a elevação da sanção no **quantum** estabelecido.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem."

4. Ordem denegada." (HC nº 156.790/SP, Relator o Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, Dje de 4/10/2010)

B - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/76. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. **MODUS OPERANDI.** CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS. ELEMENTOS CONCRETOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. ELEVAÇÃO JUSTIFICADA AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Verificado que o sentenciante abordou, de forma adequada e fundamentada, não só os elementos constantes do art. 59 do CP, como também levou em consideração a forma como foi cometido o ilícito, a natureza e a quantidade da droga apreendida - 989,8 g + 488,4 g de cocaína -, não há que se falar em constrangimento ilegal na fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar a maior reprimenda.

ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA E MODUS OPERANDI. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO MOTIVADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

(...)

2. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem, concedendo-se, contudo, **habeas corpus** de ofício tão-somente para, em observância ao previsto no art. 40, I, da Lei n. 11.343/06, elevar a pena-base imposta ao paciente em 1/6, fixando-a definitivamente em 6 anos, 4 meses e 6 dias de reclusão e ao pagamento de 103 dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnado." (HC nº 112.865/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, Dje de 21/6/2010)

C - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO PREENCHIMENTO DOS SEUS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.

1. Não se reconhece o alegado constrangimento ilegal se as penas-bases dos crimes de tráfico e associação para o tráfico foram fixadas acima do mínimo legal devido à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente o fato de o paciente ser pessoa ligada ao crime organizado, dado o profissionalismo na entrega das drogas, a quantidade e tipo de entorpecentes - cerca de 40kg de cocaína -, o grande movimento financeiro, bem como em razão de tratar-se de criminoso habitual, considerando-se, ainda, que a associação de que o paciente fazia parte possuía ramificações, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

2. Conquanto o Tribunal de origem tenha salientado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impossibilidade de combinação das disposições favoráveis de leis distintas, contrariando entendimento majoritário desta Sexta Turma, tal questão não há sequer que ser enfrentada, haja vista ter sido reconhecido que o paciente se dedicava às atividades criminosas e ainda que integrava organização desse gênero, circunstâncias essas, inclusive, demonstradas quando da própria fixação da pena-base, não preenchendo, pois, os requisitos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

3. **Habeas corpus** denegado." (HC nº 147.148/SP, de minha relatoria, Dje de 14/6/2010)

De outro giro, verifica-se, a existência de constrangimento ilegal no cálculo da pena aplicada, no tocante ao reconhecimento e aplicação da atenuante da confissão espontânea, pois, como bem destacado no parecer do Ministério Público Federal, além de o paciente ter admitido a posse e o transporte da droga, o acórdão atacado fez uso dessa confissão na caracterização e confirmação da condenação, **verbis**:

"Paulo, preso em flagrante juntamente com sua namorada Tatiany, quando realizada uma entrega de substância entorpecente para Marcos Tozi Rocha, confessou, na fase administrativa, toda a atividade criminosa, em detalhes, incriminando seus comparsas e funcionários Hélio e Wilson (fls. 8/10).

(...)

Paulo, em juízo, afirmou que foi agredido pelo Delegado responsável por sua prisão, sendo coagido a assinar o auto de flagrante. Confirmou que traficava entorpecentes, alegando que fazia isso sozinho e que os co-rúes não participavam da atividade ilícita, apenas exerciam função de manobrista do estacionamento.

(...)

Não há que se falar na aplicação da atenuante da confissão. O réu não confessou amplamente os fatos. Retificou seu depoimento em juízo, afirmando que havia sido coagido. Confirmou que traficava, mas afirmou que fazia isso sozinho, negando a participação dos co-réus. (fls. 149/156)

Como visto, o paciente confessou a posse e o transporte da droga e mesmo que a confissão tenha sido parcial, constata-se que ela foi mencionada e utilizada pelo Tribunal de origem, sendo de rigor, portanto, a redução da pena na segunda fase pela aplicação da atenuante.

Veja-se:

"HABEAS CORPUS. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO EM WRIT ANTERIOR. IMPEDIMENTO DOS MAGISTRADOS QUE PARTICIPARAM DO PRIMEIRO JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFISSÃO. RETRATAÇÃO POSTERIOR. UTILIZAÇÃO NA CONDENAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE INCIDÊNCIA DA ATENUANTE.

1. 'Não se pode afirmar que há interesse dos magistrados no novo julgamento e que eles já possuam convicção formada em relação ao que é imputado ao excipiente pelo simples fato de terem participado do primeiro julgamento, posteriormente anulado pelo Superior Tribunal de Justiça.' (STF, Plenário, AO 1517, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe de 28.11.2008).

2. No caso, o fato de alguns Desembargadores terem participado de julgamento que fora anulado por esta Corte não tem o condão de torná-los impedidos para o novo julgamento. Precedentes do STF e STJ.

3. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal.

4. Na hipótese, foram valoradas negativamente a culpabilidade do agente, as circunstâncias, os motivos e as consequências do crime. Assim, não há falar em constrangimento ilegal.

5. É obrigatória a incidência da atenuante da confissão se ela, mesmo retratada posteriormente, serviu como elemento embasador da condenação.

6. Ordem parcialmente concedida, para, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, reduzir a pena recaída sobre o ora paciente, de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 23 (vinte e três) dias-multa para 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão de apelação." (HC nº 155.103/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, Dje de 29/11/2010)

Já quanto à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2007, o **writ** não procede.

Inicialmente, é relevante esclarecer que a jurisprudência da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou a compreensão no sentido da impossibilidade de combinação das leis nº 6.368/1976 e nº 11.343/2006.

Vejam-se:

A - "PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

B - "PENAL. RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO PELO E. TRIBUNAL **A QUO** DE DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE EM SEDE DE **WRIT**. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO CONTIDO NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. ACÓRDÃO PROFERIDO COM FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

I - Tendo o e. Tribunal **a quo**, nos limites da decisão atacada, fundamentado especificamente a impossibilidade de aplicação da minorante contida no dispositivo do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, não se vislumbra, na hipótese, ofensa à autoridade de decisão proferida anteriormente por esta Corte, ensejadora de reclamação, nos termos do art. 105, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal.

II - 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.

III - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei n.º 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.

IV - 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 n.º 6.368/76) gerando daí



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador (EResp 1.094.499/MG, 3ª Seção, de minha relatoria, julgado em 28/04/2010; HC 151.442/SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJe de 07/06/2010; HC 146.476/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 10/05/2010; HC 144.364/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 12/04/2010).

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.

*Reclamação improcedente." (Rcl nº 3.546/SP, Relator p/ Acórdão o **FELIX FISCHER**, DJe de 29/9/2010)*

Desse modo, é incompatível a aplicação do benefício previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas, sobre a sanção cominada ao art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

Em passo seguinte, afastada a combinação de partes entre as duas leis, nada impede que a novel legislação seja utilizada por inteiro, ou seja, atendidos os requisitos legais, desde que se verifique, em cada caso, se a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, aplicada ao preceito secundário da nova lei, resulta em situação mais favorável ao acusado, respeitando-se, assim, o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

Dessa forma, deveria o Tribunal de origem ter se manifestado sobre o preenchimento dos requisitos legais à concessão do benefício, bem como se a aplicação retroativa, por inteiro, da nova lei penal resulta em situação mais benéfica ao paciente.

Todavia, uma vez que o julgamento da apelação se deu após a entrada em vigor da Nova Lei de Drogas, muito embora o acórdão atacado não tenha se manifestado sobre o pleito, considerando o efeito devolutivo amplo da apelação interposta pela defesa no Tribunal de origem, está viabilizada a análise dos temas aqui suscitados nessa oportunidade.

Pois bem, trata o § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 de causa de diminuição de pena de observância obrigatória, desde que preenchidos pelo réu os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos lá previstos, sendo certo que, para afastar a incidência da norma, deverá o magistrado fundamentar a decisão, limitando-se a verificar a primariedade e os bons antecedentes do agente, bem como se ele se dedica a atividades criminosas e, ainda, se integra organização desse gênero.

Na hipótese, pela leitura do decreto condenatório observa-se que as circunstâncias que cercaram a empreitada delituosa, notadamente a grande quantidade de droga apreendida (mais de 7 kg de entorpecente - entre cocaína e maconha), e o **modus operandi** (com o envolvimento de mais 2 corréus, sua participação como líder, e a necessidade de escutas telefônicas judicialmente autorizadas para desarticulação do grupo) demonstram que o paciente não se trata de traficante eventual, mas de pessoa que vive do tráfico de drogas, não restando evidenciado, portanto, qualquer coação ilegal.

Ademais, o paciente também restou condenado pela prática do delito de associação para o tráfico, tendo, inclusive, a pena-base fixada bem acima do mínimo legal, em razão das desfavoráveis circunstâncias judiciais.

A propósito:

A - “HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06.

1. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o paciente seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades.

2. A alegação de que o paciente preenche todos os requisitos para ter sua pena reduzida não pode ser acolhida, pois, conquanto primário, o Tribunal de origem afastou a possibilidade da incidência do referido redutor, a partir da análise de elementos concretos contidos nos autos.

3. Da sentença também se extrai o grau de complexidade do grupo criminoso em que estava inserido o paciente, tanto que, para o seu desmantelamento, fez-se necessária intensa investigação policial, levada a efeito por escutas telefônicas judicialmente autorizadas e infiltração de agentes, o que viabilizou a apreensão de elevada quantidade de droga, a saber, 89,3 kg (oitenta e nove quilos e trezentos gramas) de maconha, de propriedade do paciente.

*4. De se ver que a **mens legis** da causa de diminuição de pena*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo.

*5. Ordem denegada." (HC nº 190.426/MS, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, Dje de 4/4/2011)*

B - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRIMARIEDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ANÁLISE FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Embora a paciente seja tecnicamente primária e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido em seu poder - 33 (trinta e três) pedras de crack -, bem como as circunstâncias em que ocorreram o delito, levam a crer que ela seria integrante de organização criminosa.

2. Para concluir-se que a condenada não se dedicava à atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada." (HC nº 140.788/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI, Dje de 18/10/2010)**

Assim, de rigor a revisão da dosimetria da pena em razão do reconhecimento da confissão espontânea do paciente.

Dessa forma, fixada a pena-base para o crime de tráfico de drogas em 9 anos de reclusão e 150 dias-multa, reduzo em 1/6 pela incidência da confissão espontânea. Conforme estabelecido no acórdão atacado, acresço em 1/6 pela incidência do art. 18, IV, da Lei nº 6.368/76, restando a reprimenda para o crime de tráfico de drogas em 8 anos e 9 meses de reclusão e 145 dias-multa.

Deixo de aplicar a atenuante da confissão espontânea para o crime de associação para o tráfico, em razão da incidência da Súmula nº 231 deste Tribunal.

Assim, a reprimenda do paciente para os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico resta definitiva em 11 anos e 9 meses de reclusão, e 145 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, concedo em parte o **habeas corpus** apenas para, aplicada a atenuante da confissão espontânea, reduzir a reprimenda do paciente na ação penal de que aqui se cuida para 11 anos e 9 meses de reclusão e 145 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2007/0187120-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 88.636 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3522005

9562503

EM MESA

JULGADO: 10/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO SÉRGIO MENDONÇA MONTEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : PAULO SÉRGIO MENDONÇA MONTEIRO (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 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 Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.