



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 111.304 - SP (2008/0158995-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ADEMIR RAFAEL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO ROGÉRIO SANTOS SOUZA

EMENTA

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCIDÊNCIA POR INTEIRO DA NOVA LEI. POSSIBILIDADE SE MAIS BENÉFICA AO RÉU. ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). AFERIÇÃO *IN CONCRETO*. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO NO PATAMAR DE 1/3. NORMA POSTERIOR MAIS GRAVOSA. NÃO APLICAÇÃO. PENA ANTERIOR PRESERVADA.*

1. A Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei nº 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.

2. A avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica ao paciente deve ser realizada, em princípio, pelo Juiz das execuções, nos casos em que as instâncias de origem se omitem sobre o assunto. No caso concreto, o Tribunal, de modo expresse, negou o benefício, razão qual deve ser logo deslindado o assunto.

3. Embora as considerações feitas pela Corte estadual, relativas à quantidade e natureza da droga (25 pedras de crack - 24,100 gramas) e à conduta social do acusado, não sirvam para negar a aplicação da causa de diminuição, já que a pena base foi estabelecida no mínimo legal, justificam sua incidência no patamar de 1/3 (um terço).

4. Se, aplicada em sua inteireza, a Lei nº 11.343/06 é mais gravosa ao paciente (perfaz a sanção de 3 anos e 4 meses de reclusão), deve ser preservada a pena imposta nos termos da Lei nº 6.368/76 (3 anos de reclusão).

5. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a possibilidade de aplicação da Lei nº 11.343/2006 ao paciente, em sua inteireza, mas concluir que tal norma lhe é mais gravosa, mantendo a sanção aplicada nos moldes da Lei nº 6.368/76, de 3 (três) anos de reclusão.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

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

Brasília, 22 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 111.304 - SP (2008/0158995-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ADEMIR RAFAEL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO ROGÉRIO SANTOS SOUZA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JOÃO ROGÉRIO SANTOS SOUZA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 995.986.3/1).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em 29.04.06, como incurso nos arts. 12 da Lei nº 6.368/76 e 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, à pena de 6 anos de reclusão, e multa. No tocante ao tráfico, a reprimenda foi fixada no mínimo legal de 3 anos, tornada definitiva nesse patamar, nestes termos (fl. 29):

As circunstâncias judiciais são favoráveis. O réu não tem antecedentes criminais, a teor da Folha de Antecedentes de fls. 127.

Fixo, pois, sua pena-base no mínimo legal, ou seja, 03 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.

Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Não há causas de aumento ou de diminuição de pena, razão pela qual fixo definitivamente a pena imposta ao réu Ronaldo em 03 anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa sobre o piso previsto na Lei 6368/76, com regime inicial fechado.

As partes interpuseram apelação, julgada em 17.01.07, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso defensivo e provido o apelo do *parquet* para fixar o regime integral fechado para o cumprimento da pena. No tocante à reprimenda relativa ao tráfico, consignou (fl. 10):

Por fim, as penas foram fixadas no mínimo, não se cogitando da redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em vigor desde 8 de outubro de 2006, diante da natureza e quantidade da substância apreendida, bem assim da conduta social do acusado, incompatíveis com o benefício (artigo 42 da mesma Lei). Ademais, ao admitir para os policiais que praticava o tráfico de entorpecentes, revelou o acusado o seu potencial lesivo à sociedade.

No presente *mandamus*, o impetrante sustenta ser aplicável a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois o paciente é primário, não se dedica a organização criminosa e tem boa conduta carcerária. Assim, tem direito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ver reduzida sua pena de 1/6 a 2/3.

Requer a concessão da ordem para aplicar ao caso concreto a lei mais benéfica, reduzindo a pena de 2/3, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Indeferida a liminar pela Presidência (fl. 14), foram prestadas informações (fls. 24/41).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 43/45).

Informações complementares vieram às fls. 53/62, quando se noticiou que o paciente progrediu para o regime aberto. A previsão para o cumprimento da pena é 30.08.11 (fl. 56).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 111.304 - SP (2008/0158995-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCIDÊNCIA POR INTEIRO DA NOVA LEI. POSSIBILIDADE SE MAIS BENÉFICA AO RÉU. ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). AFERIÇÃO *IN CONCRETO*. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO NO PATAMAR DE 1/3. NORMA POSTERIOR MAIS GRAVOSA. NÃO APLICAÇÃO. PENA ANTERIOR PRESERVADA.

1. A Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei nº 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.

2. A avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica ao paciente deve ser realizada, em princípio, pelo Juiz das execuções, nos casos em que as instâncias de origem se omitem sobre o assunto. No caso concreto, o Tribunal, de modo expresse, negou o benefício, razão qual deve ser logo deslindado o assunto.

3. Embora as considerações feitas pela Corte estadual, relativas à quantidade e natureza da droga (25 pedras de crack - 24,100 gramas) e à conduta social do acusado, não sirvam para negar a aplicação da causa de diminuição, já que a pena base foi estabelecida no mínimo legal, justificam sua incidência no patamar de 1/3 (um terço).

4. Se, aplicada em sua inteireza, a Lei nº 11.343/06 é mais gravosa ao paciente (perfaz a sanção de 3 anos e 4 meses de reclusão), deve ser preservada a pena imposta nos termos da Lei nº 6.368/76 (3 anos de reclusão).

5. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a possibilidade de aplicação da Lei nº 11.343/2006 ao paciente, em sua inteireza, mas concluir que tal norma lhe é mais gravosa, mantendo a sanção aplicada nos moldes da Lei nº 6.368/76, de 3 (três) anos de reclusão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Pretende a impetração seja aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006.

Sempre vinha entendendo pela impossibilidade de aplicação retroativa daquela causa diminuição a fatos ocorridos na vigência da Lei nº 6.368/76, conforme ocorre *in casu*, dado que não entendia correta a combinação de leis.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, a Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei nº 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. É dizer, pode ser que, mesmo levando em conta o novo preceito primário, cuja pena mínima é maior (5 anos), se puder ser aplicada a minorante, resultando em uma pena final menor, haverá maior benignidade no novo regramento que, então, deverá ser retroativo, na sua inteireza.

Veja-se, não há combinação de leis, mas aplicação da lei mais benéfica ao réu, levando-se em consideração o caso concreto. Assim, poderá ser tanto a Lei nº 6.368/76 como a Lei nº 11.343/2006, a que for melhor para o réu.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

Em princípio, a avaliação de qual lei, aplicada em sua inteireza, é mais benéfica ao paciente deve ser realizada pelo Juiz das execuções. Na hipótese, contudo, considerando que o Tribunal de origem negou expressamente o benefício, penso que a questão deve ser decidida desde logo.

Veja-se a motivação adotada pela Corte estadual para negar a incidência da causa de diminuição de pena (fl. 10):

Por fim, as penas foram fixadas no mínimo, não se cogitando da redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em vigor desde 8 de outubro de 2006, diante da natureza e quantidade da substância apreendida, bem assim da conduta social do acusado, incompatíveis com o benefício (artigo 42 da mesma Lei). Ademais, ao admitir para os policiais que praticava o tráfico de entorpecentes, revelou o acusado o seu potencial lesivo à sociedade.

Constata-se que o Tribunal de origem fez menção à quantidade e à natureza da droga e à conduta social do acusado, entendendo incabível o benefício porque a pena já estava fixada no mínimo legal de 3 anos.

Colhe-se, todavia, que o paciente é primário, de bons antecedentes e que sua pena-base foi fixada no mínimo legal, ante a ausência de circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis.

Assim, entendo que as considerações traçadas pela Corte estadual não servem para negar ao paciente a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, embora possam justificar que tal redução incida no patamar de 1/3 (um terço). Trata-se de 25 pedras de crack, que totalizam 24,100 gramas.

Considerando a reprimenda mínima prevista na Lei nº 11.343/06, de 5 anos de reclusão, e aplicando-se a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da mesma norma, no patamar de 1/3 (um terço), fica estabelecida a sanção de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Tal reprimenda é superior à aplicada ao paciente nos moldes da Lei nº 6.368/76 (3 anos), a demonstrar que a lei penal posterior é mais gravosa ao réu e, portanto, não deve incidir.

Assim, reconheço a possibilidade de aplicação no caso do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar de 1/3 (um terço), mas concluo que tal norma, aplicada em sua inteireza, é mais gravosa ao paciente, não devendo surtir qualquer efeito em sua pena.

Diante do exposto, concedo parcialmente o *habeas corpus* para reconhecer a possibilidade de aplicação da Lei nº 11.343/2006 ao paciente, em sua inteireza, mas concluir que tal norma lhe é mais gravosa, mantendo a sanção aplicada nos moldes da Lei nº 6.368/76, de 3 (três) anos de reclusão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0158995-8

HC 111.304 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11702005 672372 9959863

EM MESA

JULGADO: 22/02/2011

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. OZÓRIO SILVA BARBOSA SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADEMIR RAFAEL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO ROGÉRIO SANTOS SOUZA

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

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