



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 77.685 - SP (2007/0040679-5)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : LANCE ALFRED SCERRI (PRESO)
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. 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. De registrar, inicialmente, que o julgamento monocrático, com fundamento em precedentes de uma das Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte, não viola o disposto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, ou o art. 38 da Lei nº 8.038/90.

2. Ademais, o cabimento do recurso de agravo regimental das decisões singulares proferidas pelo relator, afasta a alegada ofensa ao princípio da colegialidade.

3. Quanto ao mais, 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).

4. 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.

5. No caso concreto, o Juiz da Execução Penal aplicou a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, observando as balizas contidas no preceito secundário do referido artigo, entretanto, deixou de levar em consideração a quantidade de pena imposta na sentença condenatória, que reputou desfavorável a conduta social do agravado.

6. Agravo regimental a que se dá parcial provimento para, reconsiderando a decisão agravada, conceder em parte ordem de **habeas corpus**, a fim de determinar que o Juiz das Execuções verifique, novamente, 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, sobre a pena cominada no referido artigo, obedecendo às diretrizes traçadas na sentença condenatória transitada em julgado.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 03 de maio de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 77.685 - SP (2007/0040679-5)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão de minha lavra, que concedeu a ordem impetrada em favor do ora agravado para 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.

Colhe-se dos autos que o ora paciente foi condenado à pena de 04 anos de reclusão, como incurso no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76, por ter sido preso em flagrante no dia 03 de fevereiro de 2005, com 1,150 Kg (um quilo e cento e cinquenta gramas) da substância entorpecente conhecida como cocaína, dividida em 90 (noventa) cápsulas.

Extraí-se, ainda, que o paciente formulou pedido de aplicação do redutor de pena contido no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 perante o Juízo de Execuções Criminais, que deferiu a pretensão, aplicando a causa de diminuição, no patamar de 2/3 (dois terços), sobre a pena mínima prevista na atual Lei de Drogas.

Irresignado, o Ministério Público interpôs agravo em execução, tendo o Tribunal de origem dado provimento ao recurso para cassar a decisão do Juízo da execução.

Às e-fls. 103/106, concedi parcialmente a ordem para, "de um lado, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diminuir a sanção recaída sobre o paciente, de 4 (quatro) anos de reclusão e 66 (sessenta e seis) dias-multa para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa; de outro lado, determinar ao juízo das execuções que proceda a novo cálculo a fim de verificar eventual cumprimento da sanção corporal."

Alega o agravante, inicialmente, que a decisão recorrida não poderia ter sido proferida monocraticamente, uma vez que a matéria versada no recurso especial ainda não se encontra pacificada.

Busca-se, em suma, o afastamento da minorante prevista no § 4º do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Requer a reconsideração da decisão que concedeu a ordem ou o provimento do agravo regimental pelo colegiado competente, para que seja denegada a ordem anteriormente concedida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 77.685 - SP (2007/0040679-5)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): De registrar, inicialmente, que o julgamento monocrático, com fundamento em precedentes de de uma das Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte, não viola o disposto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, ou o art. 38 da Lei nº 8.038/90.

Ademais, o cabimento do recurso de agravo regimental das decisões singulares proferidas pelo relator, afasta a alegada ofensa ao princípio da colegialidade.

Nesse sentido, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DETERMINOU A RETIRADA DA ANOTAÇÃO DE FALTA GRAVE DOS ASSENTAMENTOS DO PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL PREVISTO NO ART. 50 DA LEP. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA. PRELIMINAR AFASTADA.

1. A acepção sistêmica dos arts. 557, § 1º-A, do CPC, 3º do CPP e dos princípios gerais de direito não deixa dúvidas quanto à possibilidade de interpretação extensiva e analógica com o objetivo de conceder-se ordem de habeas corpus por decisão proferida apenas pelo Relator (precedentes do STF e STJ).

2. Se o decisum foi benéfico ao paciente, sendo passível de ser revisto pelo Órgão Colegiado competente, por intermédio de agravo regimental, não há o que se falar em impropriedade do ato, à míngua de prejuízo às partes.

(AgRg no HC 109.927/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 1º/2/2010)

Quanto ao mais, a pretensão do Ministério Público Federal deve ser parcialmente acolhida.

Isso porque 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. INADMISSIBILIDADE. 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 típica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso concreto, observa-se que as instâncias ordinárias condenaram o paciente como incurso no art. 12, **caput**, da Lei 6.368/76, fixando a pena-base em acima do mínimo legal (quatro anos de reclusão), em razão da expressiva quantidade de entorpecentes, a saber, mais de um quilo de cocaína, considerando acentuando o grau de reprovabilidade da conduta do paciente.

O Juiz da Execução Penal aplicou a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, observando as balizas contidas no preceito secundário do referido artigo, entretanto, deixou de levar em consideração a existência de circunstância judicial desfavorável, prevista no art. 59 do Código Penal, devidamente reconhecidas na sentença condenatória.

O Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público, entendendo ser incabível a combinação de textos legais. Ao final, afirmou que a "ação do agravo não se enquadra na lei nova, para fazer jus à obtenção do benefício", sem apontar, entretanto, os fundamentos que o levaram a essa conclusão.

Diante desse quadro, o Juiz das Execuções Criminais deve analisar, novamente a possibilidade de incidência da referida minorante.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo regimental para, reconsiderando a decisão agravada, conceder em parte ordem de **habeas corpus**, a fim de determinar que o Juiz das Execuções verifique, novamente, 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, sobre a pena cominada no referido artigo, obedecendo às diretrizes traçadas na sentença condenatória transitada em julgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2007/0040679-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 77.685 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2002005 50050089358 9741223

EM MESA JULGADO: 03/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCO ANTÔNIO DO AMARAL FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LANCE ALFRED SCERRI (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : LANCE ALFRED SCERRI (PRESO)
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO E OUTRO(S)

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 Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.