



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.532 - SP (2011/0089413-4)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : CHAFEI AMSEI NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR CANESSO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. 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. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA NOVA LEGISLAÇÃO, NA ÍNTEGRA, CASO A MEDIDA SE MOSTRE 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. Em casos que tais, tem-se proclamado ser devida a perquirição se a aplicação, na íntegra, da nova legislação seria – ou não – mais favorável ao paciente.
3. Hipótese em que os julgados proferidos anteriormente – sentença condenatória e acórdão de apelação – permitem avaliar, nesta sede, a conveniência da aplicação da Lei nº 11.343/06.
4. O abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostram socialmente recomendáveis ante a quantidade de droga apreendida, qual seja, duas toneladas de maconha.
5. Não havendo razões para adotar tratamento diferenciado, devem ser estendidos os efeitos da decisão aos corréus, por se encontrarem na mesma situação fático-processual do ora paciente.
6. Ordem parcialmente concedida para, aplicando integralmente os preceitos previstos na Lei nº 11.343/06, restabelecer a sentença condenatória em todos os seus termos. Extensão de efeitos desta decisão aos corréus Paulo César de Oliveira e Anderson da Silva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, prosseguindo no julgamento, após voto-vista antecipado da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, concedendo parcialmente a ordem, e os votos dos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina e Haroldo Rodrigues no mesmo sentido, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 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.

Brasília, 02 de agosto de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.532 - SP (2011/0089413-4)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Gilmar Canesso, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso ministerial ali interposto, para afastar a causa especial de redução de pena aplicada na sentença, por entender não ser possível a aplicação híbrida de leis.

Segundo consta dos autos, o ora paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Irresignadas, apelaram defesa e acusação. O Ministério Público, como dito, obteve parcial provimento de seu pleito, sendo a sanção foi exasperada a 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Já o recurso defensivo foi parcialmente acolhido, com o afastamento da vedação legal à progressão de regime.

No presente *writ*, alega o impetrante, em resumo, ser possível a retroatividade benéfica do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Argumenta, ainda, que a aplicação do redutor possibilitaria, em consequência, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, assim, a redução da pena e o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Prestadas informações, o parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Juarez Tavares é pela concessão da ordem (fls. 140/146).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.532 - SP (2011/0089413-4)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): De início, ressalto que, embora possua o entendimento de que a combinação das referidas leis guarda sintonia com o princípio constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica, curvo-me ao posicionamento dominante em respeito aos princípios da segurança jurídica e da colegialidade.

Com efeito, entende a douta maioria dos membros deste Egrégio Tribunal que a pretensão de incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 aos delitos praticados na vigência da Lei nº 6.368/76 não seria possível.

Em casos que tais, tem-se proclamado ser devida a perquirição se a aplicação, na íntegra, da novel legislação seria – ou não – mais favorável ao paciente.

A propósito, confira-se:

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.

(HC 111.304/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 14.3.2011)

Assim, embora a jurisprudência tenha se assentado pela impossibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 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.

Na hipótese, os julgados proferidos anteriormente – sentença condenatória e acórdão de apelação – permitem, nesta sede, avaliar a conveniência da aplicação da Lei nº 11.343/06.

No caso concreto, o Magistrado singular aplicou a novel legislação em sua integralidade, estabelecendo a pena-base acima do mínimo legal pela grande quantidade de entorpecentes apreendida, e aplicando a minorante em 2/3 (dois terços). Não havendo outras circunstâncias modificadoras, totalizou a pena em 2 (dois) anos de reclusão.

Para melhor esclarecer, transcrevo:

Para fixação das penas, observo que se trata de réus primários, sem registro de antecedentes criminais. Todos trabalhavam, aparentemente, em um serviço regular (posto que a transportadora, ao que se indica, funcionava). em face disto, e pelo advento da lei mais benéfica (Lei 11.343/06), que contempla diminuição de pena para tais agentes, entendo que deva retroagir para atingir aos acusados.

Fico, então, a pena privativa de liberdade, com a baliza acima da lei mais benéfica. Pena-base para todos em 6 anos de reclusão (acima do mínimo pelo expressivo volume da droga, capaz de gerar perigo maior à saúde pública), nos termos do art. 44, da mesma lei. Aplicando a causa de diminuição em 2/3 (sem razões para fazê-lo menos benéfica), em face da primariedade, levo a reprimenda a 2 anos de reclusão. (e-STJ fls. 78/79).

Já o acórdão recorrido fundou seu entendimento unicamente na aplicação da Lei nº 6.368/76, estabelecendo uma pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e mantendo-a em definitivo nesse patamar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por óbvio, a favorabilidade da novel legislação à hipótese analisada permite o restabelecimento da sentença condenatória.

De outra parte, no que diz respeito ao regime prisional e ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não vejo como socialmente recomendável a modificação do que já fora estabelecido na sentença.

Embora a reprimenda não alcance quatro anos de reclusão, entendo que a quantidade de droga apreendida – duas toneladas de maconha – inviabiliza a concessão de tais benefícios.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 DA LEI 6.368/76 (LEI DE TÓXICOS REVOGADA). TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO.

I - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59 do CP, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixa o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena.

II - A grande quantidade de droga apreendida aliada ao modus operandi do agente, que se valeu do serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para a prática odiosa do tráfico de drogas, de fato, recomenda o início da reprimenda penal no regime mais gravoso.

(HC 102.084/DF, Relator para acórdão Ministro Felix Fischer, DJe de 8.9.2008) sem destaques no original

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL ABERTO. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME.

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve se iniciar no regime mais gravoso.

2. No caso, aplicável o regime aberto, cuidando-se de réu primário, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal.

3. Não se revela socialmente recomendável, entretanto, a aplicação de medidas restritivas de direito, notadamente pela quantidade de droga apreendida, isto é, 20 (vinte) porções de cocaína, bem como pelas demais circunstâncias que ladearam a prática do delito, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

saber, o fato de o paciente praticar o tráfico ao lado de uma escola e de contar com o auxílio, inclusive, de um menor de idade.

4. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime aberto para cumprimento da pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

(HC 204.402/SP, de minha relatoria, DJe 1º.6.2011), sem destaques no original

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem para, aplicando integralmente os preceitos previstos na Lei nº 11.343/06, restabelecer a sentença condenatória em todos os seus termos.

Não havendo razões para adotar tratamento diferenciado, estendo os efeitos aos corréus Paulo César de Oliveira e Anderson da Silva, por se encontrarem na mesma situação fático-processual da ora paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0089413-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 204.532 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16762005 50050919369 993070842024

EM MESA

JULGADO: 21/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CHAFEI AMSEI NETO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GILMAR CANESSO (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:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo parcialmente a ordem, pediu vista antecipada a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Aguardam os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE)."

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.532 - SP (2011/0089413-4)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : CHAFEI AMSEI NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR CANESSO (PRESO)

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca a impetração a redução da pena imposta ao paciente, bem como a substituição da sanção por medidas restritivas de direitos.

O Relator, Ministro Og Fernandes, concede parcialmente a ordem para, "aplicando integralmente os preceitos previstos na Lei nº 11.343/06, restabelecer a sentença condenatória em todos os seus termos". Estendeu os efeitos do *decisum* aos corréus Paulo César de Oliveira e Anderson da Silva.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

Observa-se que o paciente foi condenado, como incurso no art. 12 da Lei nº 6.368/76, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime fechado. A reprimenda foi aplicada nos seguintes termos (fls. 78/79):

Para fixação das penas, observo que se trata de réus primários, sem registro de antecedentes criminais. Todos trabalhavam, aparentemente, em um serviço regular (posto que a transportadora, ao que se indica, funcionava). em face disto, e pelo advento da lei mais benéfica (Lei 11.343/06), que contempla diminuição de pena para tais agentes, entendo que deva retroagir para atingir aos acusados.

Fixo, então, a pena privativa de liberdade, com a baliza acima da lei mais benéfica. Pena-base para todos em 6 anos de reclusão (acima do mínimo pelo expressivo volume da droga, capaz de gerar perigo maior à saúde pública), nos termos do art. 44, da mesma lei. Aplicando a causa de diminuição em 2/3 (sem razões para fazê-lo menos benéfica), em face da primariedade, levo a reprimenda a 2 anos de reclusão. (e-STJ fls. 78/79).

Não é caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos - a consequência do crime, exposição de um número significativamente numeroso de pessoas ao consumo de entorpecente, torna a sanção claramente insuficiente. Tampouco seria recomendável a concessão do *sursis*.

Início de pena em regime fechado, também em face da gravidade demonstrada pela conduta dos acusados, concorrendo para o depósito de tamanha quantidade de entorpecentes, que envolve significativa quantia. Progressão possível, dado o caráter inconstitucional da vedação da Lei 8.072/90, conforme recente decisão do plenário do E. STF.

O Tribunal de origem deu parcial provimento aos apelos do *parquet* e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defesa, consignando (fls. 125/129):

Por fim, a dosimetria da pena imposta aos acusados GILMAR CANESSO, ANDERSON DA SILVA e PAULO CÉSAR DE OLIVEIRA, merece ser alterada conforme pleito ministerial.

Realmente, **não há como mesclar as leis** para fixar o preceito secundário da norma impondo ao acusado a pena que entende menos rigorosa, sob pena de o Judiciário legislar.

Além disso, o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da superveniente Lei n. 11.343/2006 é inaplicável ao caso, uma vez que a benesse não incide sobre os processos em curso com pena fixada nos termos da Lei n. 6.368/76, mas sobre o novo montante de **5 a 15 anos, norma prejudicial** - aos acusados.

Neste sentido, diga-se, o entendimento desta E. Câmara (...)

Partindo dessas duas premissas, passa-se ao recálculo das penas impostas aos acusados nos termos da Lei n. 6.368/76.

De acordo com as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, levando-se em conta o grau de culpabilidade dos acusados (reprovabilidade da conduta) e as conseqüências do crime (maior intensidade e a grande quantidade da lesão jurídica), não há como impor-lhes a pena-base no mínimo legal. Na verdade, foram apreendidas quase duas toneladas de maconha numa empresa de transporte.

Assim, mantém-se a pena-base em 1/2 acima do mínimo, ou seja, **4 anos e 6 meses de reclusão**, além do pagamento de 87 dias-multa, **mínimo legal**. À minguia de outras circunstâncias modificadoras, tal pena torna-se definitiva.

Por fim, merece parcial provimento o apelo da defesa para o fim de alterar o regime de **cumprimento de pena para o inicial fechado**, por força da Lei n. 11.464/07 que deu nova redação ao artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Tal benefício estende-se aos corréus PAULO e ANDERSON, nos termos do artigo 580 do CPP.

Nestas circunstâncias merecem **parcial provimento**: a) ao apelo ministerial para o fim de afastar o redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, fixando para cada um dos acusados GILMAR CANESSO e PAULO E ANDERSON, **a pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, além do pagamento de 87 dias-multa, mínimo legal**; e b) ao apelo da defesa de Gilmar **para o fim de fixar o regime inicial** fechado para o cumprimento de sua pena reclusiva, benefício este estendido aos corréus PAULO e ANDERSON, por força do disposto no artigo 580 do CPP.

A questão, como visto, diz com a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao condenado por delito cometido sob a égide da Lei nº 6.368/76.

Sempre vinha entendendo pela impossibilidade de aplicação retroativa daquela causa diminuição a fatos ocorridos na vigência da lei anterior, conforme ocorre *in casu*, dado que não entendia correta a combinação de leis.

Contudo, a Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, inocorrendo, 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.

Na hipótese, o Juiz de primeiro grau decidiu em consonância com o entendimento esposado, pois considerou a Lei nº 11.343/06 em sua inteireza, entendendo-a mais benéfica ao réu.

Assim, considerando a sanção mínima prevista na novel legislação, de 5 (cinco) anos de reclusão, o magistrado fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 6 (seis) anos, haja vista as desfavoráveis circunstâncias judiciais, em especial a grande quantidade de entorpecentes.

O Ministério Público estadual apelou, sustentando a inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, argumentando que "a quantidade de duas toneladas e o trato nitidamente industrial (no sentido de transporte, armazenamento e distribuição) impedem que a redução da pena-base em vista da primariedade se imponha" (fl. 94), como se colhe das razões de apelação.

O Tribunal de origem, todavia, afastou a incidência da causa de diminuição sob a equivocada premissa de que o Juiz havia mesclado as leis, fixando a pena-base nos moldes da Lei nº 6.368/76, que previa sanção mínima de 3 (três) anos. Por tal razão, considerou que a pena-base havia sido fixada pelo Juiz 1/2 (metade) acima do mínimo legal.

Ao afastar a causa de diminuição, a Corte estadual supostamente "manteve" a pena-base 1/2 acima do mínimo legal previsto na Lei nº 6.368/76, tornando a sanção definitiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Nada disse acerca do preenchimento dos requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

O aresto impugnado está a causar ao paciente evidente constrangimento ilegal, que deve ser sanado nesta sede.

Isso porque, na verdade, o magistrado *a quo*, ao fixar a pena-base, deixou certo que o fazia "com a baliza acima da lei mais benéfica". Considerou, portanto, a sanção mínima de 5 (cinco) anos, não a de 3 (três) anos, aumentando-a apenas em 1/5 (um quinto), não em 1/2 (metade), como erroneamente interpretado.

Assim, ainda que se aplicasse a Lei nº 6.368/76 em sua inteireza, a pena-base deveria ser estabelecida em 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 dias de reclusão, não em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, como procedido no aresto impugnado. Ressalte-se ser vedado o acréscimo da pena-base, em patamar superior ao fixado em primeiro grau, pois tal questão não foi objeto da apelação do *parquet*, tampouco foi fundamentada pelo Tribunal de origem.

Vê-se, pois, que na verdade a Corte estadual deixou de examinar a pretensão do Ministério Público estadual, que visava reconhecer que o paciente não preenche os requisitos para a aplicação da causa de diminuição, dada a grande quantidade de droga.

Há omissão no acórdão, mas o *parquet* não opôs embargos de declaração ou formulou qualquer recurso contra o aresto aqui impugnado, que transitou em julgado, como se vê da página eletrônica do Tribunal de origem. Diante disso, e considerando a já demonstrada ilegalidade do acórdão, é de rigor que seja restabelecida a sentença de primeiro grau, que resulta em reprimenda mais benéfica ao réu e cujos fundamentos estão em sintonia com a jurisprudência desta Casa.

Por fim, destaque-se que, tal como ressaltou o Relator, a grande quantidade de drogas impede a substituição da pena por medidas restritivas de direitos.

Ante o exposto, acompanhando o Relator, concedo parcialmente a ordem, a fim de restabelecer a sentença de primeiro grau, com extensão, de ofício, aos corréus que estão em idêntica situação: Paulo César de Oliveira e Anderson da Silva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0089413-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 204.532 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16762005 50050919369 993070842024

EM MESA

JULGADO: 02/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CHAFEI AMSEI NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR CANESSO (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:

"Prosseguindo no julgamento após voto-vista antecipado da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura concedendo parcialmente a ordem, e os votos dos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina e Haroldo Rodrigues no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 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.