



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.040 - SP (2010/0060114-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ PAULO RODRIGUES VIOLANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLEBER ALVES DOS SANTOS
EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCENTE. ORDEM DENEGADA.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de ser inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao preceito secundário do art. 12, da Lei nº 6.368/76, porquanto não se admite a combinação de leis, ainda que em benefício do réu.
2. Em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, e, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas, na íntegra, será ou não mais favorável ao réu.
3. No caso dos autos, reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu favor, tendo em vista a vedação legal expressa.
4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
Brasília, 02 de agosto de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.040 - SP (2010/0060114-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ PAULO RODRIGUES VIOLANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLEBER ALVES DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de KLEBER ALVES DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem lá manejada.

Narram os autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções dos arts. 12 e 14, ambos da Lei nº 6.368/76, a 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mantidos em grau de apelação. O acórdão transitou em julgado.

Nos autos da Execução Criminal nº 438.644, perante o Juiz da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Franca, o paciente postulou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que foi indeferida.

No presente *mandamus*, alega o impetrante a possibilidade de retroação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, para alcançar quem foi condenado por crime cometido ainda na vigência da antiga Lei de Drogas.

Postula, assim, a aplicação do aludido benefício, sob a pena cominada ao art. 12 da Lei nº 6.378/06.

Liminar indeferida (fl.27)

Prestadas as informações (fls. 34/124).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 132/137).

Vieram-me os autos à conclusão, por atribuição, em 4.1.11, após a minha designação para integrar esta eg. 5ª Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.040 - SP (2010/0060114-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ PAULO RODRIGUES VIOLANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLEBER ALVES DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCENTE. ORDEM DENEGADA.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de ser inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao preceito secundário do art. 12, da Lei nº 6.368/76, porquanto não se admite a combinação de leis, ainda que em benefício do réu.
2. Em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, e, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas, na íntegra, será ou não mais favorável ao réu.
3. No caso dos autos, reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu favor, tendo em vista a vedação legal expressa.
4. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.040 - SP (2010/0060114-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ PAULO RODRIGUES VIOLANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLEBER ALVES DOS SANTOS

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Noticiam os autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções dos arts. 12 e 14, ambos da Lei nº 6.368/76, a 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mantidos em grau de apelação.

Nos autos da Execução Criminal nº 438.644, perante o Juiz da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Franca, o paciente postulou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que foi indeferida.

No presente *mandamus*, alega o impetrante a possibilidade de retroação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, para alcançar quem foi condenado por crime cometido ainda na vigência da antiga Lei de Drogas.

A ordem não merece concessão.

Sobre o tema, veja-se o que disse o Tribunal de origem ao denegar a ordem lá impetrada:

“Veda-se a substituição do legislador pelo magistrado e aplicação combinada de sua leis, vez que o sistema jurídico pátrio não tolera a aplicação cindida de leis sob pena de criação de terceiro gênero híbrido em subversão do princípio da reserva legal.” (fls. 11/12)

Denota-se que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem em relação à matéria está em consonância com a jurisprudência da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que pacificou o entendimento de ser inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao preceito secundário do art. 12, da Lei nº 6.368/76, porquanto não se admite a combinação de leis, ainda que em benefício do réu. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006." (EREsp 1094499/MG, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 18.8.10)

Dessa maneira, inviável o pleito do paciente no sentido de aplicar-se a causa de diminuição de pena da Lei nº 11.343/06 à fixada com base na Lei nº 6.368/76.

No entanto, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, e, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas, na íntegra, será ou não mais favorável ao réu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso dos autos, todavia, o Juízo das Execuções criminais findou por afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da multirreincidência do paciente. Confira-se:

"No caso em tela, o sentenciado é multirreincidente, inclusive por crime de tráfico, e possui péssimos antecedentes, além de ter sido condenado por associação para o tráfico." (fl. 77)

Assim, reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu favor, tendo em vista a vedação legal expressa.

Nesse sentido:

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. PRINCÍPIO DA EXTRA-ATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS 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. Não fica afastada 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. Dessa maneira, 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.

3. Hipótese em que o paciente sequer está enquadrado nas condições descritas na lei, ao exigir, além da primariedade, bons antecedentes.

4. Os delitos cometidos há mais de cinco anos, embora não possam ser utilizados para os efeitos da reincidência, caracterizam maus antecedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Ordem denegada. (HC 136.252/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 22.8.11)

No mesmo sentido: HC 223173/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 20.6.12; HC 147.271/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 30.5.12; HC 190.878/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Dje 17.4.12.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0060114-0

HC 168.040 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 438644 990092516507

EM MESA

JULGADO: 02/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ PAULO RODRIGUES VIOLANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLEBER ALVES DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.