



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 83.850 - SC (2011/0284235-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : SERGINO CONSTANTE DA SILVA JÚNIOR
ADVOGADO : FREDERICO WELLINGTON JORGE E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ALEGADA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE. EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. QUANTIDADE DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso em apreço, foi aplicada, retroativamente, a causa de diminuição prevista pelo art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06 combinada à Lei n.º 6.368/76, o que não se pode conceber na espécie, porque a minorante inculpada o § 4.º do art. 33 é regra dirigida ao *caput* do mesmo artigo, não podendo o juiz cindir a norma para aplicá-la somente em parte, em combinação com outra, criando uma terceira nova, sob pena de se transmutar em legislador.

2. A quantidade da droga apreendida (6 kg de cocaína - fl. 17) e a natureza da substância entorpecente justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, mostrando-se proporcional a diminuição intermediária (1/2) implementada pelo Tribunal *a quo*, a qual, no entanto, deve incidir sobre a pena cominada na Lei nova.

3. Na ausência de argumento apto a afastar as razões consideradas no *decisum* ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
Brasília (DF), 12 de junho de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 83.850 - SC (2011/0284235-8)

AGRAVANTE : SERGINO CONSTANTE DA SILVA JÚNIOR
ADVOGADO : FREDERICO WELLINGTON JORGE E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por SERGINO CONSTANTE DA SILVA JÚNIOR em face de decisão de minha lavra, ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE. EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. QUANTIDADE DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. AGRADO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. " (fl. 352)

Requer o ora Agravante, nas razões do regimental, que seja aplicada a *"retroatividade da lei mais benéfica de forma combinada como declinado no caso em concreto mantendo-se vigente a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que adotou a causa de redução de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343 ao preceito da norma penal incriminadora inscrita no art. 12 da Lei 6.368/76, por conseguinte em nada alterando a pena lá fixada em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, reformando-se pelo voto colegiado a decisão monocrática [...]" (fl. 372)*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 83.850 - SC (2011/0284235-8)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ALEGADA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE. EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. QUANTIDADE DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso em apreço, foi aplicada, retroativamente, a causa de diminuição prevista pelo art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06 combinada à Lei n.º 6.368/76, o que não se pode conceber na espécie, porque a minorante inculpada o § 4.º do art. 33 é regra dirigida ao *caput* do mesmo artigo, não podendo o juiz cindir a norma para aplicá-la somente em parte, em combinação com outra, criando uma terceira nova, sob pena de se transmutar em legislador.

2. A quantidade da droga apreendida (6 kg de cocaína - fl. 17) e a natureza da substância entorpecente justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, mostrando-se proporcional a diminuição intermediária (1/2) implementada pelo Tribunal *a quo*, a qual, no entanto, deve incidir sobre a pena cominada na Lei nova.

3. Na ausência de argumento apto a afastar as razões consideradas no *decisum* ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agrado regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

A decisão agravada fundamenta-se nos seguintes termos:

"Trata-se de agrado em recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, em face de decisão exarada pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa, que inadmitiu o processamento de recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional.

Consta dos autos que o ora Agravado foi condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto nos arts. 12 e 14, da Lei n.º 6.368/76.

No curso da execução, o Agravado formulou pedido de redução de sua reprimenda, o qual foi julgado procedente para declarar a abolitio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminis em relação a causa de aumento do art. 18, da Lei n.º 6.368/76, e, aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, fixando a pena em 1 (um) ano de prisão.

Contra essa sentença, o Ministério Público interpôs agravo em execução pugnando pela retroatividade da atual lei de tóxicos na sua integralidade, o recurso foi provido parcialmente pela Corte a quo, para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, fixando a pena em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de prisão, nos termos da seguinte ementa:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO - NARCOTRÁFICO - APLICAÇÃO RETROATIVA DE DISPOSITIVO ISOLADO DE LEI - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - CRIAÇÃO DE PRIVILÉGIO PENAL, CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE REPRIMENDA, CONFERIDO A DETERMINADOS TRAFICANTES QUE SATISFAÇAM OS REQUISITOS DO ART. 33 § 4º, DA LEI N.º 11.343/06, QUE POR FAVORECER O CONDENADO DEVE VOLTAR AO PASSADO - ADEQUAÇÃO, CONTUDO, NO PATAMAR DA REDUÇÃO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (fl. 165)

O Ministério Público opôs embargos de declaração que restaram rejeitados nos termos da seguinte ementa:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM PRETENDIDO EFEITO INFRINGENTE - ALEGADA OMISSÃO - VÍCIO QUE NÃO POSSUI O ACÓRDÃO ATACADO - ALMEJADA REDISCUSSÃO SOBRE O ACERTO DA DECISÃO - MEIO INADEQUADO. REJEIÇÃO." (fl. 186)

Irresignado, o Parquet interpôs recurso especial, sustentando, além de divergência jurisprudencial, contrariedade ao art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal. Alega, em suma, que não há possibilidade de incidência da redução da pena prevista no art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/06 em torno da condenação imposta pela Lei n.º 6.368/76.

Requer, para tanto, "seja reformado o acórdão recorrido para restabelecer a condenação imposta mantendo-se as demais cominações, ou, alternativamente, aplicar a causa especial de redução de pena do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 à pena prevista no próprio dispositivo legal." (fl. 208)

Contrarrazões às fls. 272/282.

Ao analisar a admissibilidade do apelo especial, o Tribunal a quo aplicou a Súmula n.º 83 desta Corte Superior.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 345/351, opinando pelo provimento do agravo em recurso especial.

É o relatório.

Decido.

De início, cabe esclarecer que, no caso em apreço, foi aplicada, retroativamente, a causa de diminuição prevista pelo art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06 combinada à Lei n.º 6.368/76, o que não se pode conceber na espécie, porque a minorante insculpida o § 4.º do art. 33 é regra dirigida ao caput do mesmo artigo, não podendo o juiz cindir a norma para aplicá-la somente em parte, em combinação com outra, criando uma terceira nova, sob pena de se transmutar em legislador.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, trago à colação o escólio de Nelson Hungria, in verbis:

"[...] cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis." (HUNGRIA, Nélson, Comentários ao Código Penal. Ed. Forense, RJ, 1977, 1º vol., 1 t., pág. 120.)

Vedada a aplicação parcial do art. 33, resta saber qual das normas é a mais favorável ao réu, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

A lei antiga comina pena mínima de 03 anos de reclusão e 50 dias-multa (art. 12, caput, da Lei n.º 6.368/76), enquanto a nova prevê 05 anos de reclusão e 500 dias-multa (art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06), denotando, prima facie, ser mais gravosa e, por conseguinte, inaplicável aos fatos anteriores.

Não obstante, a alteração do sistema introduzido com a novel legislação, a par de dispensar tratamento mais rigoroso ao traficante, com a elevação das penas mínimas, possibilitou ao magistrado o abrandamento do rigorismo, instituindo causa de diminuição de 1/6 a 2/3 (§ 4.º do mesmo art. 33), em se tratando de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, o que traria a pena, se fixada no mínimo e sem acréscimos, para o patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, se utilizada a redução máxima de 2/3.

Assim, caso a hipótese se enquadre no disposto no § 4.º do citado artigo – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos pode reduzir-se para menos de 03 anos, a depender da fração redutora, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.

Confira-se, por oportuno, o seguinte julgado proferido no âmbito da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, in verbis:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem de habeas corpus concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006." (EREsp 1.094.499/MG, 3.ª Seção, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 18/08/2010.)

Compulsando os autos, verifica-se que a pena-base do Agravado restou fixada no mínimo legal, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Desse modo, uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4.º, da Lei nº 11.343/2006, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no mencionado dispositivo.

Convém ainda salientar que, relativamente ao percentual de redução, cabe ao magistrado observar o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, que assim dispõe, in verbis:

"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

Com efeito, a quantidade da droga apreendida (6 kg de cocaína - fl. 17) e a natureza da substância entorpecente justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, mostrando-se proporcional a diminuição intermediária (1/2) implementada pelo Tribunal a quo, a qual, no entanto, deve incidir sobre a pena cominada na Lei nova.

Portanto, considerando a pena-base fixada em seu patamar mínimo de 05 anos, à mingua de atenuantes, agravantes ou causas de aumento, mas com a incidência do art. 33, § 4.º, da Lei nº 11.343/2006, na proporção estabelecida pelo Tribunal a quo, resta a reprimenda definitivamente quantificada em 02 anos e 06 meses de reclusão, mantido, no mais, o acórdão recorrido.

Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4.º, inciso II, alínea c, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, CONHEÇO do agravo e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para fixar a reprimenda do Réu em 02 anos e 06 meses de reclusão, mantido, no mais, o acórdão recorrido." (fls. 352/356)

Assim, na ausência de argumento apto a afastar as razões consideradas no decisum ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0284235-8

AgRg no
AREsp 83.850 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070068508 20070068508000100 20070068508000200 20070068508000201
20070068508000300 20070068508000301 38060575910

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGRAVADO : SERGINO CONSTANTE DA SILVA JÚNIOR

ADVOGADO : FREDERICO WELLINGTON JORGE E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SERGINO CONSTANTE DA SILVA JÚNIOR

ADVOGADO : FREDERICO WELLINGTON JORGE E OUTRO(S)

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.