



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.920 - SP (2010/0036707-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ADRIANA MAYER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANA APARECIDA DA SILVA SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 6.368/76. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006, SOBRE A PENA BASE DO ART. 12, *CAPUT*, DA LEI N.º 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS QUE NÃO PODE OCORRER NO CASO. ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE (ERESP 1.094.499/MG). ORDEM DENEGADA.

1. Essa Corte fixou o entendimento de que, no caso de tráfico de drogas cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, é possível a incidência da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, desde que não haja cisão da regra, que é dirigida ao *caput* do mesmo artigo (ERESP 1.094.499/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 18/08/2010).

2. 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 o novo regramento prevê sanção de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa (art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006). Para que possa incidir a minorante do § 4.º, do art. 33, da Nova Lei de Drogas, deve ser considerada a pena mínima de 5 anos.

3. Não foi assim que procedeu o Juízo das Execuções, que combinou os aspectos mais benéficos das duas normas, criando, sem legitimidade – por não poder substituir o Legislador –, uma terceira regra. Por isso, acertou o Tribunal *a quo* ao reformar tal entendimento.

4. Na espécie, o Magistrado Singular reduziu a reprimenda à razão de 1/6. Tal decréscimo, sobre a pena-base de 5 anos, resulta em sanção de 4 anos e 2 meses – mais gravosa que a pena de 3 anos a que foi sentenciada a Paciente. Assim, não é benéfica a aplicação da minorante pretendida.

5. Ordem denegada.

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

Brasília (DF), 12 de junho de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.920 - SP (2010/0036707-8)

IMPETRANTE : ADRIANA MAYER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANA APARECIDA DA SILVA SANTOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de ADRIANA APARECIDA DA SILVA SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra a Impetrante que a Paciente, condenada por tráfico de drogas praticado anteriormente à edição da Lei n.º 11.343/06, teve a pena reduzida pelo Juiz das Execuções para 2 anos e 6 meses de reclusão, ante a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, do referido dispositivo. Interposto agravo em execução pelo Ministério Público estadual, o Tribunal *a quo*, deu provimento ao recurso, para afastar a redução determinada pela instância prima.

Requer por isso, liminarmente e no mérito, seja restabelecida a decisão do Juiz das Execuções, e expedido alvará de soltura, sob a alegação de que a lei penal posterior mais benéfica deve ser aplicada na hipótese.

Indeferi a liminar às fls. 79/80, ocasião em que dispensei as informações.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 87/91, pela concessão, caso seja mais benéfica a redução.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.920 - SP (2010/0036707-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 6.368/76. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006, SOBRE A PENA BASE DO ART. 12, *CAPUT*, DA LEI N.º 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS QUE NÃO PODE OCORRER NO CASO. ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE (ERESP 1.094.499/MG). ORDEM DENEGADA.

1. Essa Corte fixou o entendimento de que, no caso de tráfico de drogas cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, é possível a incidência da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, desde que não haja cisão da regra, que é dirigida ao *caput* do mesmo artigo (ERESP 1.094.499/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 18/08/2010).

2. 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 o novo regramento prevê sanção de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa (art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006). Para que possa incidir a minorante do § 4.º, do art. 33, da Nova Lei de Drogas, deve ser considerada a pena mínima de 5 anos.

3. Não foi assim que procedeu o Juízo das Execuções, que combinou os aspectos mais benéficos das duas normas, criando, sem legitimidade – por não poder substituir o Legislador –, uma terceira regra. Por isso, acertou o Tribunal *a quo* ao reformar tal entendimento.

4. Na espécie, o Magistrado Singular reduziu a reprimenda à razão de 1/6. Tal decréscimo, sobre a pena-base de 5 anos, resulta em sanção de 4 anos e 2 meses – mais gravosa que a pena de 3 anos a que foi sentenciada a Paciente. Assim, não é benéfica a aplicação da minorante pretendida.

5. Ordem denegada.

VOTO

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

No caso, a Paciente foi condenada à pena de 3 anos de reclusão, pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, à época previsto no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76. Após o advento da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções reduziu a pena em 1/6, para 2 anos e 6 meses de reclusão, com fundamento no art. 33, parágrafo 4.º, da Nova Lei de Drogas (fl. 08).

O Tribunal de origem, porém, ao julgar o recurso de agravo em execução interposto pelo Ministério Público Federal, afastou o entendimento do Magistrado singular. Daí foi impetrado o presente *writ*, no qual se requer, em suma, o restabelecimento da decisão do Julgador Monocrático.

Porém, a ordem não pode ser concedida, pois o que se pretende, na verdade, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

combinar dispositivo da Lei n.º 6.368/76 com regra da Lei n.º 11.343/2006 para beneficiar a Paciente.

Explicita-se. 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 o novo regramento prevê sanção de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa (art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006), denotando, *prima facie*, ser mais gravosa e, por conseguinte, inaplicável aos fatos anteriores.

Não obstante, a alteração do sistema pela novel legislação, a par de dispensar tratamento mais rigoroso aos grandes traficantes, com a elevação das penas mínimas, previu o abrandamento da pena para os pequenos. Por isso foi instituída causa de diminuição de 1/6 a 2/3 (§ 4.º do mesmo art. 33), que deve incidir quando se tratar de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas e 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, a pena reclusiva de 05 anos pode reduzir-se para menos de 03 anos, a depender da fração redutora, passando, desse modo, a ser a mais benéfica do que a antiga.

Porém, na espécie, o Magistrado Singular reduziu a pena à razão de 1/6. Tal decréscimo sobre a pena-base de 5 anos resulta em sanção de 4 anos e 2 meses – mais gravosa que a pena de três anos a que foi condenado. Assim, não é possível reduzir a reprimenda, como o fez o Juiz das Execuções.

Ora, não se pode conceber a possibilidade de combinação de leis, 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.

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, Nelson, Comentários ao Código Penal. Ed. Forense, RJ, 1977, 1.º vol., 1 t., pág. 120.)

Tal entendimento, inclusive, foi externado pela 3.ª Seção desta Corte, em julgamento assim ementado:



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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 1.094.499/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 18/08/2010 – sem grifos no original.)

Confiram-se, ainda, os recentes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO PELA LEI Nº 6.368/1976. 1. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADAS NEGATIVAMENTE. 2. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. [...]. 4. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi estabelecida considerando a elevada quantidade de droga apreendida, bem como em razão das consequências nefastas do delito, cujos lucros obtidos com o comércio ilícito eram destinados à manutenção de organização criminosa.

2. A partir do julgamento do EResp nº 1.094.499/MG, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de ser inadmissível a combinação de leis, de modo a evitar a criação de uma terceira norma não prevista no ordenamento jurídico, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao preceito do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, ressalvada minha opinião no sentido da possibilidade de aplicação de norma posterior benéfica.

3. Deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas, na íntegra, será ou não mais favorável ao réu. [...].

4. Habeas corpus denegado." (HC 128.343/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 24/04/2012.)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 6.368/76. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO EM SEDE DE WRIT. MATÉRIA A SER EVENTUALMENTE DEBATIDA EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. FLAGRANTES ILEGALIDADES EVIDENCIADAS. MAJORANTE DO CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES. ABOLITIO CRIMINIS. REGIME PRISIONAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DO ART. 33 DO CP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. A substituição da revisão criminal pelo habeas corpus somente é admitida quando a análise do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que se infere na hipótese dos autos.

II. Com o advento da Lei n.º 11.343/2006, que revogou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressamente o a Lei n.º 6.368/1976, não foi mantida a previsão de majorante pelo concurso eventual para a prática dos delitos da Lei de Tóxicos, devendo ser reconhecida a abolitio criminis no tocante ao inciso III do artigo 18 da vetusta Lei nº 6.368/76 (Precedente).

III. A Terceira Seção entende que a aplicação retroativa do § 4º do artigo 33 da novel Lei de Drogas deve ser verificada, caso a caso, a fim de ser aferir a situação mais vantajosa ao condenado, isto é, se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei com a incidência da causa de diminuição, sem se admitir, contudo, a combinação dos textos legais, sob pena de contrariar a lógica da nova legislação, criando uma norma híbrida.

IV. Com esteio na Súmula/STF nº 611, deve ser determinado ao Juízo das Execuções que proceda à análise da viabilidade da aplicação integral da novel Lei de Tóxicos ao fato ocorrido antes da sua entrada em vigor.

V. Compete ao Magistrado de 1º grau igualmente verificar a possibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, considerando o fato de o Plenário do STF ter declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33.

IV. Tratando-se de crime de tráfico cometido antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007, em observância ao princípio da irretroatividade in pejus, faz-se mister reconhecer a impossibilidade de fixação do regime inicialmente mais gravoso, sem que o Juízo tenha procedido à análise dos critérios trazidos pelo art. 33 do Estatuto Repressor Penal.

V. Deve ser determinado ao Juízo das Execuções que, afastada incidência do art. 18, III, da Lei 6.368/76, readeque a pena imposta ao ora paciente e verifique a viabilidade de aplicação retroativa da Lei 11.343/06, devendo, ainda, analisar a possibilidade de conversão da pena corporal em restritiva de direitos e de fixação de regime menos gravoso para o desconto inicial da reprimenda.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 220.589/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 19/12/2011.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0036707-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 163.920 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11605083 653368

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

IMPETRANTE : ADRIANA MAYER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ADRIANA APARECIDA DA SILVA SANTOS

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

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