



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.371 - MG (2009/0041748-3)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : WALTER ANTÔNIO DE FREITAS (PRESO)
ADVOGADO : PAULA REGINA FONTE BOA PINTO - DEFENSORA PÚBLICA
E OUTROS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO. ART. 18, IV, DA LEI N. 6.368/1976. ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. LEI NOVA MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE.

1. Segundo entendimento consolidado desta Corte, o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 é norma mais benéfica em relação o art. 18, IV, da Lei n. 6.368/1976, devendo incidir sobre as penas fixadas nos termos da legislação revogada, mormente quando a majorante havia sido estabelecida no mínimo de 1/3.
2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 06 de novembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.371 - MG (2009/0041748-3) (f)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra a decisão que deu parcial provimento ao recurso especial (fl. 299):

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APRECIÇÃO. DESCABIMENTO. VIA INADEQUADA. CAUSA DE AUMENTO. ART. 18, IV, DA LEI N. 6.368/1976. OCORRÊNCIA DE *NOVATIO LEGIS IN MELIUS*. ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. FRAÇÃO QUE HAVIA SIDO FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Afirma que a decisão ora agravada permitiu a realização de inadmissível mistura de leis, criando uma terceira, porquanto **admitiu o percentual de majoração mais reduzido do art. 40 da nova Lei 11.343/2006, aplicando-o à sanção penal fixada segundo a moldura da Lei nº 6.368/76** (fl. 321).

Diz que a Terceira Seção desta Corte, nos EREsp n. 1.094.499/MG, ao debater a questão referente à possibilidade de incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à pena aplicada nos moldes da Lei n. 6.368/1976, entendeu não ser admissível a combinação dos dois diplomas legais.

Prossegue:

[...]

Do mesmo modo, **em relação às majorantes previstas no art. 40 da atual Lei Antidrogas, de percentuais mais reduzidos, devem ser aplicadas às penas cominadas nos artigos 33 a 37, do mesmo Diploma, justamente porque mais rigorosas porque as previstas na Lei anterior.**

Na hipótese, o art. 40 faz referência expressa aos arts. 33 a 37, da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, certo que o art. 33 aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. A razão de ser do abrandamento da majorante está justamente neste aumento de pena, assim como na criação de outros tipos com sanções que variam de oito a vinte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos – caso de financiamento do tráfico –, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo que o Magistrado, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal de quem esteja em situação prevista nos incisos I a VII, do art. 40.

Como dito pelo eminente Ministro Felix Fischer, quanto ao art. 33, § 4º, que também ter pertinência no caso do art. 40:

"Assim, pretender-se aplicar a causa de diminuição ao crime comeito na **vigência da antiga lei** – que possuía a pena mínima menor; 3 anos - a pretexto de se homenagear o **princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica**, na verdade, constituiria em atuação indevida do **jugador** nas vezes do **legislador**, posto que, desse modo, com tal procedimento, estar-se-ia criando indevidamente uma **terceira lei não pretendida**."

No caso sob exame, segundo a nova Lei, se a pena-base tivesse sido fixada no mínimo legal de **cinco anos** – no caso, não foi, pois o Juiz registrou a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixando a sanção básica em quatro anos de reclusão – e não houvesse modificação na segunda fase – no caso presente, houve reincidência, passando a pena para quatro anos e seis meses – na terceira fase, aplicando-se a majorante em um sexto, a pena resultaria em **cinco anos e dez meses** montante superior ao aplicado pela douda decisão ora agravada.

A pena, portanto, foi fixada em limite bem inferior ao mínimo cominado pela nova Lei Antidrogas.

Operou-se, sem sombra de dúvida, verdadeira criação legislativa, violando, **data venia**, o art. 42, c/c o art. 22, I, da Constituição Federal.

[...]

Pede o provimento do agravo regimental, com o desprovimento do recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.371 - MG (2009/0041748-3) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Disse a decisão agravada (fls. 200/302):

[...]

Segundo entendimento consolidado desta Corte, o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 é norma mais benéfica em relação o art. 18, IV, da Lei n. 6.368/1976, devendo incidir sobre as penas fixadas nos termos da legislação revogada, mormente quando a majorante havia sido estabelecida no mínimo de 1/3.

Nesse sentido:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. (1) PENA BASE. INCREMENTO EXCESSIVO. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE RECONHECIDA. PENA REDIMENSIONADA. (2) TRÁFICO EM UNIDADE PENITENCIÁRIA. ART. 18, IV, DA LEI 6.368/76. MODIFICAÇÃO PELO ART. 40, III, DA LEI 11.343/06. *NOVATIO LEGIS IN MELIUS*. INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO.

1. A fixação da pena é uma operação lógica, formalmente estruturada, sendo imperioso promover-se a fundamentação em todas as suas etapas. A referência genérica aos termos da lei ou a fórmulas desligadas do contexto fático espelhado nos autos não autoriza a exasperação da reprimenda penal.

2. O art. 40, III, da Lei 11.343/06, *lex mitior*, modificou o intervalo da majorante de 1/3-2/3 para 1/6-2/3. Tendo a condenação lançado mão da majorante no mínimo, é imperioso alterar o incremento para 1/6.

3. Com a concessão da ordem, restando a pena aquém de quatro anos de reclusão, é possível, de ofício, já modificar o regime inicial de cumprimento de pena, além de se promover a substituição por restritivas de direitos.

4. Ordem concedida, nos termos do parecer ministerial, para reduzir a pena privativa de liberdade para três anos e seis meses de reclusão; expedido *habeas corpus* de ofício para modificar o regime inicial para o aberto, promovendo-se a substituição por duas restritivas de direitos, prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária, a serem individualizadas pelo juiz das execuções.

(HC n. 118.881/MG, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 8/6/2011.)

HABEAS CORPUS. CRIMINAL. *HC*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 18, INCISO IV, DA LEI N.º 6.368/76. SUPERVENIÊNCIA DO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. DIMINUIÇÃO DO *QUANTUM* DA MAJORANTE. *LEX MITIOR*. NORMA DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. AUMENTO DE 1/6 QUE DEVE SER APLICADO AO CASO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de acordo com o art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal, e art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal. Enquanto a Carta Magna não condiciona temporalmente a retroatividade da lei penal mais benigna, o Código Penal ressalva que, mesmo na hipótese de trânsito em julgado da decisão condenatória, de qualquer modo, a lei posterior mais favorável deve ser aplicada aos fatos anteriores.

2. Hipótese na qual o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, previa causa de aumento de 1/3 a 2/3 da pena, quando os atos de preparação, execução ou consumação do delito ocorressem nas imediações ou no interior de estabelecimento penal, sendo que o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, diminuiu o *quantum* da majorante para o intervalo entre 1/6 e 2/3.

3. Se o aumento de pena foi fixado na sentença condenatória no seu mínimo legal, e considerando a retroatividade da *lex mitior* posterior, deve ser aplicado ao caso o aumento de 1/6 da pena, nos termos dispostos no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem concedida, a fim de, mantendo a condenação, fixar a pena em 2 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, além do pagamento de 45 dias-multa, calculados no valor unitário mínimo.

(HC n. 171.699/DF, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 29/3/2012).

No caso, conforme se extrai da sentença (fl. 170), aplicou-se a majorante do art. 18, IV, da Lei n. 6.368/1976, na fração mínima de 1/3 prevista no referido diploma. Assim, em razão da *novatio legis in melius* trazida pelo art. 40 da Lei n. 11.343/2006, deve a exasperação ser reduzida para 1/6.

Passa-se ao redimensionamento das penas.

Mantida a pena-base em 4 anos de reclusão e 64 dias-multa e o aumento decorrente da reincidência, aplicados pelas instâncias ordinárias, fixa-se a reprimenda, provisoriamente, em 4 anos e 6 meses de reclusão e 72 dias-multa. Aplica-se a causa de aumento prevista do art. 18, IV, da Lei n. 6.368/1976, na fração mínima de 1/6, prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, tornando-se a reprimenda definitiva em **5 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento 84 dias-multa, no valor fixado na sentença e mantido no acórdão recorrido.**

[...]

Registra-se que os precedentes citados no *decisum* combatido são posteriores aos EREsp n. 1.094.499/MG (DJe 18/8/2010), que, como bem ressaltou o agravante, cuidou de hipótese diversa daquela tratada nos presentes autos, qual seja, a impossibilidade de aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ao delito de tráfico de drogas apenado nos moldes da Lei n. 6.368/1976.

Menciona-se, a propósito, julgado no qual é inadmitida a aludida combinação de leis, no tocante à causa especial de diminuição de pena prevista



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas que, em relação às causas de aumento previstas no art. 40 do mesmo diploma, entendeu-se que haveria lei nova mais benéfica que deveria retroagir em favor do réu:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO COM BASE EM FOLHA DE ANTECEDENTES. 2. CONDENAÇÃO PELA LEI Nº 6.368/1976. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/1976. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO CONTIDA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. 3. CAUSA DE AUMENTO. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES OU DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. DIMINUIÇÃO DO *QUANTUM* DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO PELA LEI Nº 11.343/06. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. POSSIBILIDADE. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. Não é obrigatória a apresentação de certidão cartorária para o reconhecimento de maus antecedentes ou da reincidência, bastando, para tanto, a apresentação da folha de antecedentes criminais.

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. Adiro ao posicionamento encampado pela Seção, ressaltando, todavia, meu entendimento contrário, no sentido da possibilidade de retroatividade da norma penal mais benéfica.**

3. Assim, ressaltando minha posição divergente sobre o tema, 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. Não faz jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o paciente que é portador de maus antecedentes, circunstância devidamente reconhecida no decreto condenatório.

5. **As causas especiais de aumento de pena do delito de tráfico de drogas recebeu tratamento mais favorável pelo art. 40 da Lei nº 11.343/2006 no tocante ao quantum de majoração, verificando-se uma verdadeira *novatio legis in melius* e, como tal, aplica-se retroativamente aos delitos cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/1976. Precedentes.**

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido para fixar a pena do paciente em 4 anos e 1 mês de reclusão e 64 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.

(HC n. 135.172/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

24/4/2012)

No voto proferido no referido acórdão, ponderou o eminente Relator:

[...] a Lei nº 6.368/1976 estabelecia nas hipóteses do art. 18 e incisos causas de aumento incidentes aos delitos previstos naquele ordenamento, prevendo ainda que as penas seriam elevadas de percentuais de 1/3 a 2/3. Por sua vez, conforme se vê da transcrição acima, a Lei nº 11.343/2006, no art. 40 e incisos, trouxe novas diretrizes para a majoração da reprimenda aos condenados por crime de tráfico de drogas.

Por um lado, a Nova Lei de Drogas nos trouxe disposição mais ampla, abarcando situação anteriormente não prevista, tal como a inovação disposta especificamente no inciso V, “o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal”. Por outro lado, a novel legislação acabou suprimindo situação configuradora de causa de aumento, como é o caso da associação eventual para o tráfico, antes prevista na lei revogada.

No caso da supressão de causa de aumento da associação eventual para o tráfico anteriormente prevista na Lei nº 6.368/1976, e não contemplada na Nova Lei de Drogas, a jurisprudência dos tribunais superiores entende que houve a *abolitio criminis*, devendo tal inovação retroagir em benefício do agente para alcançar os fatos pretéritos para expurgar das condenações por tráfico de drogas cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/1976 a causa de aumento do art. 18, inciso III, desse ordenamento (HC nº 195.931/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 27/9/2011, e HC nº 114.762/SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 28/6/2011).

Noutro vértice, enquanto o regramento anterior previa a incidência das causas de aumento nela previstas a todos os crimes cometidos naquele ordenamento, a Lei nº 11.343/2006 acabou restringindo a aplicação da aludida majorante apenas aos crimes previstos nos arts. 33 a 37, não incidindo, por exemplo, no delito de porte de entorpecentes para consumo próprio, hoje tipificado no art. 28 da Nova Lei de Drogas. Esse é o entendimento adotado neste Tribunal Superior (Resp nº 923.964/SP, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 30/11/2009).

Além disso, o cotejo entre o *caput* dos arts. 18 e 40 das referidas leis permite constatar que o *quantum* de incidência das causas de aumento recebeu tratamento favorável, uma vez que a nova lei passou a estipular o percentual de aumento de pena graduado entre 1/6 e 2/3, enquanto que a lei anterior previa entre 1/3 e 2/3.

Sob esse aspecto, à medida que o art. 40, *caput*, da novel legislação, ao disciplinar a incidência das majorantes aplicadas ao delito de tráfico de drogas, reduziu o percentual mínimo de aumento antes previsto na Lei nº 6.368/1976 de 1/3 para 1/6, esse deve ser o critério adotado para se aplicar às condenações pelos crimes de tráfico ilícito de drogas cometidos à época da lei revogada.

Isso porque a lei penal posterior mostra-se mais favorável para sua imposição retroativa não só quando deixa de considerar criminoso determinado fato, gerando a *abolitio criminis* - tal como ocorreu na exclusão da majorante da associação eventual para o tráfico -, mas, também, quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

beneficia, de qualquer maneira, o agente. Nesse particular, a meu ver, o dispositivo legal em questão trouxe uma verdadeira *novatio legis in melius* e, desse modo, aplica-se retroativamente aos delitos cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/1976.

Assim, uma vez que a causa de aumento constante no artigo 18, IV, da Lei nº 6.368/1976 foi recepcionada pela Lei nº 11.343/2006, em seu artigo 40, III, mas teve fixado um patamar menor, podendo variar entre 1/6 e 2/3, o aumento mínimo de pena em 1/3, fixado em razão da antiga lei, deve ser modificado, para se adequar ao novo limite mínimo, ou seja, 1/6.

Muito embora a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, aos condenados na vigência da lei revogada seja expressamente negada pela jurisprudência desta Corte Superior, em especial a partir do julgamento do EResp nº 1.094.499/MG, da relatoria do Ministro Felix Fischer, julgado em 10/5/2010, cujo entendimento tenho me curvado em meus votos, com ressalva de opinião, adotando aquele entendimento dominante na Terceira Seção, não vislumbro qualquer diferença entre as duas situações.

Veja-se que aqui há apenas uma peculiaridade: o benefício da causa especial de diminuição de pena contemplado no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 sequer era previsto na lei revogada, ao passo que as causas especiais de aumento estão dispostas em ambas as leis, mas, a mais recente, como dito anteriormente, trouxe novas diretrizes para a majoração da reprimenda aos condenados por crime de tráfico de drogas.

Por fim, saliento que a aplicação da aludida majorante com a fração mais benéfica trazida pela Lei nº 11.343/2006, sobre a pena do art. 12, da Lei nº 6.368/1976, vem sendo admitida em diversos julgados posteriores ao já citado julgamento do EResp nº 1.094.499/MG.

[...]

Por fim, traz-se à colação outro precedente da Sexta Turma:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. CAUSA DE AUMENTO. INTERNACIONALIDADE. ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Na linha do entendimento desta Corte, a Lei 11.343/06, em seu art. 40, I, passou a prever para a causa de aumento referente à transnacionalidade, **quantum** menor de acréscimo – 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). A novel legislação não inova e, por ser mais benéfica, deve retroagir em tais casos. Precedentes.

2. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada na íntegra, por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no REsp n. 1.164.944/RJ, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 27/2/2012)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0041748-3

AgRg no
REsp 1.112.371 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024069751972 10024069751972003 24069751972

EM MESA

JULGADO: 06/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

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

RECORRENTE : WALTER ANTÔNIO DE FREITAS (PRESO)
ADVOGADO : PAULA REGINA FONTE BOA PINTO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : WALTER ANTÔNIO DE FREITAS (PRESO)
ADVOGADO : PAULA REGINA FONTE BOA PINTO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.