



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.075.322 - MG (2008/0159102-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : MARIA DE LOURDES DOS SANTOS FREDERICO
ADVOGADO : JOSÉ DE ASSIS SANTIAGO NETO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO CONTIDO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 AO CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGENTE CONDENADO POR ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. SÚMULA N. 7/STJ. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. INVIABILIDADE. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DE UM DOS FUNDAMENTOS DO *DECISUM* VERGASTADO. INCIDÊNCIA, NO PONTO, DA SÚMULA N. 182/STJ.

1. O agravante não demonstrou, na forma da lei, o dissídio jurisprudencial alegado, pois não realizou o necessário cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas colacionados.

2. Constatado ser mais benéfico ao réu, por este preencher os requisitos necessários, pode o juiz optar pela aplicação total da nova lei, isto é, impor a pena prevista no caput do art. 33 da Lei n. 11.343/06, combinado com o benefício previsto em seu § 4º, aos condenados por tráfico de entorpecentes com base na Lei n. 6.368/76.

3. No caso, tendo o Tribunal local inferido que a ora agravante encontra-se em associação estável na prática do crime de tráfico de entorpecentes, e, portanto, dedica-se à atividade criminosa, chegar a solução diversa não caberia a este Tribunal Superior, pois é assente na jurisprudência o entendimento no sentido de que a instância ordinária é soberana na apreciação das provas do julgado, sendo o revolvimento do conjunto fático/probatório vedado no âmbito do apelo especial nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.

4. Não havendo a impugnação da afirmação constante na decisão agravada sobre a impossibilidade do Superior Tribunal de Justiça apreciar matéria constitucional em sede de recurso especial, por importar usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, impõe-se, no ponto, a aplicação da Súmula n. 182/STJ.

5. Agravo regimental improvido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 14 de junho de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.075.322 - MG (2008/0159102-6) (f)

AGRAVANTE : MARIA DE LOURDES DOS SANTOS FREDERICO
ADVOGADO : JOSÉ DE ASSIS SANTIAGO NETO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por MARIA DE LOURDES DOS SANTOS FREDERICO contra decisão de fls. 677/682 que negou provimento ao recurso especial por entender não ter sido demonstrado, na forma legal, o dissídio jurisprudencial alegado; por aplicação da Súmula n. 7/STJ; bem como por asseverar que não há como o Superior Tribunal de Justiça apreciar matéria constitucional em sede de recurso especial, por importar usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

Alega o agravante que foi cumprida a exigência legal necessária para a demonstração da divergência jurisprudencial, inclusive com a realização do necessário cotejo analítico.

Entende também que o caso trata sobre "a possibilidade da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33. da Lei 11.343/06 aos condenados nos termos do art. 12 da revogada lei 6.368/76" (fl. 715), portanto, não demanda revolvimento de matéria fático/probatória, portanto, inviável a aplicação da Súmula n. 7/STJ.

Afirma que "consoante posicionamento reiterado por esse Superior Tribunal de Justiça, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 àqueles condenados sob a égide da Lei 6.368/76 é possível, desde que seja mais benéfica quando aplicada a pena ao preceito secundário trazido pela nova lei. É o caso da Agravante e negá-la esse direito significa tratá-la desigualmente em relação à outros condenados na mesma situação" (fl. 716).

Sustenta negativa de vigência aos arts. 2º, parágrafo único, do Código Penal, 66, I, da Lei n. 7.210/84, 9º da Convenção Internacional de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica - Decreto 678/92, 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e 5º, XXXV, da Constituição Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer o provimento do agravo de instrumento para que seja julgado e também dado provimento ao recurso especial, com a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 com a consequente redução das penas privativa de liberdade e de multa impostas à ora agravante.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.075.322 - MG (2008/0159102-6) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Em que pesem as razões recursais, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Primeiramente, em relação a tentativa de evidenciar a ocorrência de divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os paradigmas colacionados, o recorrente não demonstrou o dissídio conforme preconizado nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ, pois não realizou o necessário cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas colacionados.

Com efeito, é inviável a apreciação do apelo excepcional fundado em divergência jurisprudencial, quando o recorrente não apresenta o suposto dissídio por meio: a) da juntada de certidão ou de cópia autenticada do acórdão paradigma, ou, em sua falta, da declaração pelo advogado da autenticidade dessas; b) da citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que o acórdão divergente foi publicado; c) do cotejo analítico, com a transcrição dos trechos dos acórdãos em que se funda a divergência, além da demonstração das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a transcrição da ementa do julgado apontado divergente.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA SUPOSTAMENTE IRROGADAS POR ADVOGADO CONTRA MAGISTRADO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO DOLO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PETIÇÕES E RECURSOS INTERPOSTOS NO INTERESSE DOS CONSTITUINTES. IMUNIDADE JUDICIÁRIA. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Afirmada pela sentença e pelo acórdão recorrido a ausência de dolo subjetivo e a própria inexistência de expressões ou palavras ofensivas à honra da querelante, bem como que os recursos e ações propostas objetivaram defender os interesses dos constituintes dos querelados, a revisão desse entendimento mostra-se inadmissível, porquanto não se divisa ofensa à legislação federal a ser corrigida pela via Especial, mas tentativa de extrair conclusão diversa a partir de novo exame do contexto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório emergente dos autos. 2. A divergência jurisprudencial deve ser demonstrada por meio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, sendo insuficiente a simples transcrição de ementas ou votos. Ademais, a comprovação do dissídio deve ser feita por intermédio da juntada de cópia integral dos arestos apontados como paradigmas ou pela citação de repositório oficial autorizado ou credenciado em que os mesmos se achem publicados. 3. Descumpridas tais exigências legais e regimentais, mostra-se inviável o Apelo Nobre, também, pela alínea c do art. 105, III da CF. 4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no Ag 942.487/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/05/2008, DJe 04/08/2008)

No mérito, é certo que este Sodalício firmou entendimento no sentido da impossibilidade de combinação do art. 12 da Lei n. 6.368/76 com o benefício do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 na combinação da reprimenda ao crime de tráfico de drogas.

Contudo, caso constatado ser mais benéfico ao réu, por este preencher os requisitos necessários, pode o juiz optar pela aplicação total da nova lei, isto é, impor a pena prevista no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/06, combinado com o benefício previsto em seu § 4º, aos condenados por tráfico de entorpecentes com base na Lei n. 6.368/76.

Confira-se:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006. (EREsp 1094499/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 18/08/2010)

Não obstante, o Tribunal local concluiu, diante do acervo fático/probatório, que a ora agravante encontra-se em associação estabilizada na prática do crime de tráfico de drogas, dedicando-se, assim, para a atividade criminosa, e, dessa forma, ao condena-la também como incurso no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, afastou a eventual possibilidade de aplicação do benefício contido no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

litteris:

Por fim, tem-se que, no caso concreto, a ora agravada foi condenada pela prática do crime do art. 12, c/c art. 18, III, e art. 14, todos da Lei nº 6.368/76, decorrendo a associação eventual do auxílio prestado por sua filha, e a quadrilha orientada ao tráfico do ajuste com os demais co-denunciados.

Assim, não se mostra atendido o requisito previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, relativamente à não-participação em organização criminosa, não havendo falar em "bis in idem" neste caso, já que o tráfico e a associação são crimes distintos e autônomos, incidindo a diminuição apenas em relação ao primeiro. (fls. 160/161)

Da mesma forma, em sede de embargos de declaração:

Por fim, tem-se que a reclusa foi condenada tanto pelo delito de associação estável ao tráfico de drogas quanto por sua prática mediante associação eventual, conforme explicado no acórdão de ff. 39/50, o que inclui a agravante na exceção do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sendo certo, ademais, que tal aferição demandaria dilação probatória, incabível na presente fase. (fl. 310)

Assim, chegar a uma conclusão em sentido contrário, isto é, de que a ora agravante não se encontrava em associação estável na prática do crime de tráfico de entorpecentes, e, portanto, não se dedicava na atividade criminosa, não caberia a este Tribunal Superior, pois é assente na jurisprudência o entendimento no sentido de que a instância ordinária é soberana na apreciação das provas do julgado, sendo o revolvimento do conjunto fático/probatório vedado no âmbito do apelo especial nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.

Nesse vértice:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Embora o paciente seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a considerável quantidade de entorpecente apreendido, somada às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do caso concreto, levaram a crer que se dedicaria a atividades criminosas.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada. (HC 138.369/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 28/03/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (17 KG DE MACONHA). DECISÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Na hipótese, o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal a quo, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, afirmou que a grande quantidade de droga apreendida (17 kg de maconha) trouxe maior grau de censurabilidade a conduta da Paciente, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentos válidos.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que a Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, considerando a dinâmica do fato delituoso, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

4. Ordem denegada. (HC 181.716/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 01/02/2011)

Por fim, infere-se que o inconformismo não se dirigiu contra todos os fundamentos do *decisum* vergastado, deixando de atacar a afirmação de impossibilidade do Superior Tribunal de Justiça apreciar matéria constitucional em sede de recurso especial, por importar usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, o que demonstra que o agravo, neste ponto, é incabível, consoante se extrai da Súmula 182/STJ: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ANALOGIA. SÚMULA Nº 182/STJ. PREQUESTIONAMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA.

I- Incabível o conhecimento de agravo que deixa de atacar os fundamentos da decisão agravada. Exegese do enunciado da Súmula nº 182 desta Corte.

II- É inadmissível o recurso especial quando ausente o prequestionamento do tema inserto na norma apontada como violada. Incidência das Súmulas nºs. 282 e 356 do c. STF. Agravo regimental conhecido em parte e, nessa, desprovido. (AgRg no REsp 827.136/SE, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, p. no DJU de 19-3-2007, p. 389).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS. IMPUGNAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA N.º 182/STJ. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULAS N.os 283 E 284/STF. INCIDÊNCIA.

1. A agravante não infirma especificamente todos os fundamentos da decisão agravada, impondo-se a aplicação do enunciado da Súmula n.º 182 deste Superior Tribunal de Justiça.

(...) 3. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." (Súmula n.º 283/STF).

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1175713/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0159102-6

AgRg no
REsp 1.075.322 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10000074551144 10000074551144001 10000074551144003 24056365539

EM MESA

JULGADO: 14/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARIA DE LOURDES DOS SANTOS FREDERICO
ADVOGADO : JOSÉ DE ASSIS SANTIAGO NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARIA DE LOURDES DOS SANTOS FREDERICO
ADVOGADO : JOSÉ DE ASSIS SANTIAGO NETO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.