



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECLAMAÇÃO Nº 3.546 - SP (2009/0107203-3)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO FELIX FISCHER
RECLAMANTE : JIM MARTIN VARGAS CASOS
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO
RECLAMADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO PELO E. TRIBUNAL **A QUO** DE DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE EM SEDE DE **WRIT**. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO CONTIDO NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. ACÓRDÃO PROFERIDO COM FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

I - Tendo o e. Tribunal **a quo**, nos limites da decisão atacada, fundamentado especificamente a impossibilidade de aplicação da minorante contida no dispositivo do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, não se vislumbra, **na hipótese**, ofensa à autoridade de decisão proferida anteriormente por esta Corte, ensejadora de reclamação, nos termos do art. 105, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal.

II - 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**.

III - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei n.º 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.

IV - 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 n.º 6.368/76) gerando daí uma **terceira norma não elaborada e jamais prevista** pelo legislador (**EResp** 1.094.499/MG, 3ª Seção, de **minha relatoria**, julgado em 28/04/2010; **HC** 151.442/SP, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJe de 07/06/2010; **HC** 146.476/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe de 10/05/2010; **HC** 144.364/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 12/04/2010).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência da causa de diminuição, recaindo sobre **quantum** mais elevado. Contudo, **jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.**

Reclamação improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, Retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Felix Fischer divergindo do Relator, julgando improcedente a reclamação, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), por maioria, julgar improcedente a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Og Fernandes (Relator) e Nilson Naves, que julgavam procedente a reclamação e concediam habeas corpus de ofício. Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer (Relator para acórdão) os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi.

Vencidos os Srs. Ministros Og Fernandes (Relator) e Nilson Naves.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 23 de junho de 2010 (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECLAMAÇÃO Nº 3.546 - SP (2009/0107203-3)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Jim Martin Vargas ajuíza a presente reclamação alegando descumprimento da decisão proferida por esta Corte no **Habeas Corpus** nº 100.087/SP.

Dos autos se verifica que o reclamante foi condenado, por infração do art. 12 da Lei nº 6.368/76, a 9 (nove) anos de reclusão, inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao dar parcial provimento à apelação defensiva, reduziu a sanção para 5 (cinco) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.

Objetivando ver aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, impetrou-se em seu favor **habeas corpus** nesta Corte, autuado sob o nº 100.087/SP, e distribuído ao Ministro Paulo Gallotti, que, em decisão monocrática de 23/4/2008, concedeu a ordem para que o Tribunal de Justiça de São Paulo se manifestasse fundamentadamente sobre a possibilidade de aplicação da referida minorante.

O Ministério Público Federal interpôs agravo regimental contra a mencionada decisão, improvido pela Sexta Turma em julgamento realizado em 12/8/2008, assim sumariado o acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/1976. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO RETROATIVA. COMBINAÇÃO DE DISPOSITIVOS DE LEIS DISTINTAS. POSSIBILIDADE.

1 - A Sexta Turma desta Corte, por maioria de votos, tem reiteradamente proclamado que o artigo 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, por se tratar de norma de direito material, sem previsão na legislação anterior, que beneficia o réu dada a possibilidade de redução da pena, deve ser aplicado retroativamente, preenchidos pelo agente os requisitos ali previstos, não obstante haja a necessidade de se combinar dispositivos de leis distintas, incidindo, desse modo, sobre a sanção cominada na Lei 6.368/1976.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2 - Ademais, a diminuição da sanção constitui, na verdade, um direito subjetivo do réu, desde que presentes os requisitos legais, sendo certo que, para afastar a incidência da norma, deverá o magistrado, limitando-se a verificar a primariedade e os bons antecedentes do agente, bem como se ele se dedica a atividades criminosas ou integra organização desse gênero, de fundamentar suficientemente a decisão, o que não ocorreu na espécie.

3 - Agravo regimental a que se nega provimento.

Afirma o reclamante que o Tribunal **a quo**, ao renovar o julgamento da apelação, manteve a decisão anterior pelos próprios fundamentos, desatendendo ao comando do Superior Tribunal de Justiça proclamado no mencionado HC nº 100.087/SP.

Prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pela improcedência da reclamação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECLAMAÇÃO Nº 3.546 - SP (2009/0107203-3)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Vislumbro, na espécie, ter havido descumprimento, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao decidido no **Habeas Corpus** nº 100.087/SP.

Com efeito, reconheceu esta Corte, naquele julgado, a existência de constrangimento ilegal levado a efeito pelo Tribunal de Justiça ao negar a aplicação do redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Assentou-se, naquela oportunidade, que tal causa de diminuição tem incidência retroativa, não obstante a necessidade de se combinar dispositivos de leis distintas, devendo o juiz se limitar à verificação da primariedade e antecedentes do agente, se ele se dedica a atividades criminosas ou integra organização desse gênero. Remarcou-se que o Tribunal **a quo** negara a aplicação da minorante com fundamentos alheios aos mencionados pressupostos.

Destacou o Ministro Paulo Gallotti, em decisão monocrática:

Trata-se de norma de direito material de observância obrigatória quando da fixação da pena nos delitos por ela regulados, assim também em relação aos seus correspondentes estabelecidos na legislação anterior, por imperativo constitucional, eis que beneficia o agente dada a possibilidade de redução da reprimenda.

De notar, ademais, que o termo "poderão", utilizado pelo legislador, muito embora indique uma faculdade do juiz para proceder à diminuição da sanção, constitui um dever judicial, representando, na verdade, um direito subjetivo do réu, desde que preenchidos os requisitos lá previstos, sendo certo que, para afastar a incidência da norma, haverá o magistrado, limitando-se a verificar a primariedade e os bons antecedentes do agente, bem como se ele se dedica a atividades criminosas e, ainda, se integra organização desse gênero, de fundamentar a decisão.

Esclareça-se, por oportuno, que, conforme entendimento pacífico desta Corte, apenas as anteriores condenações do agente, com o respectivo trânsito em julgado, têm o condão de caracterizar maus antecedentes e até mesmo a reincidência, afastando, por conseguinte, respectivamente, os bons antecedentes e a primariedade daquele.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De outro lado, para concluir-se que o agente se dedica a atividades criminosas ou, ainda, que ele integra organização criminosa, impedindo, da mesma forma, o preenchimento dos requisitos, exige-se, por óbvio, fundamentação razoável, assim entendida aquela em que há a indicação de elementos concretos sobre tais circunstâncias.

Muito embora possa o magistrado, nesses casos, também fazer referência a condenações anteriores do agente com trânsito em julgado, entendo que isso não se mostra indispensável, caso contrário não haveria sentido para a existência dos outros dois requisitos, bastando, para tanto, repita-se, que seja apresentada motivação plausível.

No caso, o Tribunal de origem, não obstante ter reduzido a reprimenda do paciente, deixou de aplicar a regra em questão, anotando, no que interessa:

"Na fixação das penas o magistrado levou em conta a quantidade de cocaína apreendida, cerca de 650 gramas, acondicionada em cápsulas. E assim, mesmo se tratando de primário de sem registro de antecedentes criminais, fixou 9 anos de reclusão e 150 dias-multa.

Entende-se, todavia, que a pena corporal deve ser reduzida para 5 anos de reclusão, e para 70 dias-multa a pecuniária, já estabelecido o regime prisional inicial fechado, à vista da Lei nº 11.464/2007, diploma legal que acabou de vez com as discussões a respeito do regime de pena em se tratando de crime hediondo ou a este assemelhado.

Já está em vigor a Lei nº 11.343/2006 - a nova Lei de Tóxicos, revogada expressamente a Lei nº 6.368/1976 -, que embora prevendo penas mais rigorosas no art. 33 e § 1º, dispõe expressamente no § 4º do mesmo artigo que 'as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa'.

Mas esse dispositivo legal não pode ser desassociado do art. 42 da mesma lei, ao estabelecer que 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'.

Mediante a conjugação dos dois dispositivos legais é que será examinada a possibilidade de redução, como previsto, não podendo se desconsiderar que essa redução é facultativa, já que expresso no § 4º do art. 33 que as penas 'poderão' ser reduzidas.

Sem dúvida que o § 4º do art. 33 da lei sob enfoque deverá ser considerado neste julgamento, de acordo com o art. 2º, parágrafo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

único, Código Penal: 'a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado'.

Para efeito de redução não podem ser levadas em conta as penas estabelecidas no art. 33 e seu § 1º, da nova lei, já que a mínima prevista é a de 5 anos de reclusão, equivalente à Lei nº 6.368/1976 o máximo de 15 anos, sendo certo que a mínima dessa lei revogada era de 3 anos. As penas pecuniárias sofreram grande aumento (de 500 a 1.500 dias-multa).

Em sendo assim deve ser enfocada a pena privativa de liberdade - também, aliás, a pecuniária, pois o § 4º do art. 33 não faz ressalva - imposta na sentença.

No caso específico, e conforme fls. 185/187, o magistrado sentenciante fundamentou a não aplicação do novo diploma legal, descabida a redução de penas.

É o entendimento desta turma julgadora, não se podendo admitir benefícios em caso de tráfico de drogas envolvendo estrangeiro, assumindo importância também a quantidade de cocaína.

Decide-se de acordo com a súmula." (fls. 13/15)

Desde logo, anote-se que a citada decisão de fls. 185/187, correspondente às fls. 8/9 destes autos, afirma, no particular, o seguinte:

"Por tais motivos não se mostra possível a retroatividade da Lei nº 11.343/2006. Ainda que se entendesse ser aplicável o disposto na Lei 11.343/2006 ao caso em tela, pela quantidade de entorpecente fica patente que o réu ou integra organização criminosa ou dedica-se às atividades criminosas, posto que não teria condições de possuir por si só a quantidade de entorpecente apreendida.

Como visto, a Corte Estadual afastou a incidência do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, por presumir que o paciente "integra organização criminosa ou dedica-se a atividades criminosas", fazendo alusão, para tanto, à quantidade da droga apreendida, mencionando, ainda, que se trata de réu estrangeiro, fundamentos que, a toda evidência, não se mostram suficientes para impedir sua aplicação, evidenciado, assim, o constrangimento ilegal, sendo de rigor uma nova avaliação pelo Tribunal de origem nos termos acima delineados.

(...)

Ante o exposto, concedo o **habeas corpus** para determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo se manifeste sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos ora aduzidos. (grifei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Sexta Turma, negando provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, manteve o referido provimento. Leiam-se os seguintes trechos do acórdão (HC nº 100.087/SP):

Com efeito, a Sexta Turma desta Corte, por maioria de votos, tem reiteradamente proclamado que o artigo 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, por se tratar de norma de direito material, sem previsão na legislação anterior, que beneficia o réu dada a possibilidade de redução da pena, deve ser aplicado retroativamente, preenchidos pelo agente os requisitos ali previstos, não obstante haja a necessidade de se combinar dispositivos de leis distintas, incidindo, desse modo, sobre a sanção cominada na Lei 6.368/1976.

(...)

De notar, ademais, conforme explicitado na decisão agravada, que a diminuição da sanção constitui, na verdade, um direito subjetivo do réu, desde que presentes os requisitos legais, sendo certo que, para afastar a incidência da norma, deverá o magistrado, limitando-se a verificar a primariedade e os bons antecedentes do agente, bem como se ele se dedica a atividades criminosas ou integra organização desse gênero, de fundamentar suficientemente a decisão, o que não ocorreu na espécie.

Ocorre que o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua Décima Câmara do Quinto Grupo da Seção Criminal, ao receber o comando desta Corte, manteve seu acórdão pelos próprios fundamentos.

Confira-se o que disse a Corte Estadual:

*O E. Superior Tribunal de Justiça concedeu **habeas corpus** ao réu a fim de que esta Corte Criminal se manifeste sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, Lei nº 11.343/2006, agora em vigor (fls. 281 e 300/304).*

Os autos foram requisitados à Vara de origem.

Pede-se a máxima vênia aos eminentes Ministros que julgaram o HC 100.087-SP, impetrado em favor de Jim Martin Vargas Casos, para a observação, respeitosa, de que o acórdão, de fls. 244/249, contém fundamentação específica para a não-redução de penas agora prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos.

Na sentença de primeira instância constou às fls. 187 que pelos motivos ali alinhados "não se mostra possível a retroatividade da Lei 11.343/2006". E a nova lei não foi aplicada, razão pela qual não se fez nenhuma redução das penas, redução essa não prevista pela Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6.368/76, muito embora seja certo que o magistrado observou que "ainda que se entendesse ser aplicável o disposto na Lei 11.343/2006 ao caso em tela, pela quantidade de entorpecente fica patente que o réu ou integra organização criminosa ou dedica-se às atividades criminosas, posto que não teria condições de possuir por si só a quantidade de entorpecente apreendido".

Esta turma julgadora decidiu de forma contrária. Vale dizer, entendeu-se em favor do réu e em exame de recurso ser aplicável a nova Lei nº 11.343/2006, prevendo a redução das penas.

Mas, sempre com a devida vênia, o mesmo aresto, reduzindo de 9 para 5 anos de reclusão a pena corporal, e de 150 para 70 dias-multa a pecuniária, que se entendeu as mais adequadas, deixou claro que na hipótese específica não havia respaldo para nenhuma redução, mesmo sendo aplicável a nova Lei de Tóxicos. Basta a esse respeito verificar o último parágrafo de fl. 247, com referência ao art. 42 do mesmo diploma legal - Lei nº 11.343/2006 -, estabelecendo que 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" (ora grifado). Entendem os componentes desta Câmara Criminal, à unanimidade, que a redução de pena não é obrigatória ("poderá").

E prossegui-se nesse ponto exclusivo, mediante a conjugação dos arts. 33, § 4º, e 42, ambos da mesma lei, é que será examinada a possibilidade de redução, que não seria facultativa mas sim obrigatória, no respeitável entender dos eminentes ministros do E Superior Tribunal de Justiça.

Ainda que se conclua por essa obrigatoriedade, o certo é que a quantidade de entorpecente, cerca de 650g de cocaína, acondicionada em 80 cápsulas, levou esta turma julgadora a não aplicar a redução de pena, sob o enfoque específico daquele art. 33, da nova Lei de Drogas.

É verdade que ficou expresso no aresto sob enfoque que não se pode admitir benefícios em caso de tráfico de drogas envolvendo estrangeiro. Mas se decidiu, em complementação, assumir importância também a quantidade de cocaína.

Mantém-se na íntegra o acórdão de fls. 244/249. (grifei)

Como visto, o Tribunal de origem, ao manter, na íntegra, seu acórdão, deixou de cumprir a decisão proferida no **Habeas Corpus** nº 100.087/SP, a qual, na parte dispositiva, concedia a ordem, **in verbis**, para que "o Tribunal de Justiça de São Paulo se manifeste sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos ora aduzidos".

Não que o Tribunal de Justiça estivesse obrigado a efetuar a redução. Essa não foi a decisão desta Corte.

A determinação foi para que se apreciasse, motivadamente, a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena. Isso com base, unicamente, nos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Contudo, o Tribunal Estadual insistiu em valer-se dos mesmos fundamentos, aqui reputados ilegais.

Ora, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente as reclamações para a preservação da sua competência e a garantia da autoridade de suas decisões (art. 105, I, "f", da Constituição Federal, e art. 187 do RISTJ).

É da jurisprudência desta Casa:

Suspensão do processo (art. 366 do Cód. de Pr. Penal). Produção antecipada de provas (descabimento). Urgência (não demonstração). Ordem do Superior Tribunal (descumprimento). Reclamação (hipótese de cabimento).

1. Caberá reclamação – sempre e sempre – para garantir a autoridade das decisões do Superior Tribunal.

2. Para que se imponha a antecipação da produção da prova testemunhal, a acusação há de, satisfatoriamente, justificá-la.

3. A inquirição de testemunhas não é, por si só, prova urgente. A mera referência à limitação da memória humana e à possibilidade de mudança de endereço ou mesmo de que venham a falecer não é suficiente para a determinação da medida excepcional.

4. Caso em que se decidiu cassar a decisão que ordenara a antecipação de prova testemunhal. Não poderia, portanto, o Juiz da 3ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais de Brasília determinar novamente a colheita antecipada da prova.

5. Reclamação julgada procedente.

(Rcl 3.448/DF, Relator o Ministro Nilson Naves, DJe de 16/12/2009)

RECLAMAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO NO HC 105.668/SP, QUE GARANTIU AO RECLAMANTE O DIREITO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DE SUA PENA NO REGIME SEMIABERTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REEDUCANDO QUE CONTINUA CUMPRINDO PENA NO REGIME FECHADO, ATÉ QUE SURJA VAGA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO. DESCUMPRIMENTO CONFIGURADO. PARECER DO MPF PELA PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. RECLAMAÇÃO JUGADA PROCEDENTE, PARA DETERMINAR A IMEDIATA REMOÇÃO DO REEDUCANDO AO REGIME SEMIABERTO OU, NA AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO, PARA QUE AGUARDE EM REGIME ABERTO O SURGIMENTO DA VAGA.

1. Das informações prestadas pela autoridade reclamada, constata-se que o reclamante aguarda em regime fechado o surgimento de vaga em estabelecimento penal destinado ao regime prisional intermediário.
 2. Verifica-se, portanto, que houve o descumprimento de decisão proferida por esta Corte, eis que o paciente, apesar de ter obtido o direito de iniciar o cumprimento da sua pena no regime semiaberto, permanece encarcerado no regime fechado, tendo em vista a ausência de vagas em estabelecimento adequado.
 3. Este Superior Tribunal, tem determinado, em casos análogos, que o reeducando aguarde, em regime aberto, o surgimento de vaga em estabelecimento compatível com o regime semiaberto. Isso porque caracteriza patente constrangimento ilegal a submissão do condenado a regime mais rigoroso do que o que lhe foi imposto, ainda que provisoriamente e na espera de solução de problema administrativo.
 4. Parecer do MPF pela procedência do pedido.
 5. Reclamação julgada procedente, para determinar a imediata remoção do reeducando ao regime semiaberto ou, caso não exista vaga em estabelecimento adequado, que lhe seja assegurado o cumprimento de sua pena em regime aberto, até o surgimento da vaga.
- (Rcl nº 3.295/SP, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 30/9/2009)

RECLAMAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO N.º 4.904/03. DESCUMPRIMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO DE ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DETERMINOU A APRECIÇÃO DO MÉRITO DA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA.

1. O Tribunal a quo, embora tenha renovado o julgamento do habeas corpus, descumpriu a determinação desta Corte Superior de Justiça no sentido de apreciar o mérito da impetração originária, ao novamente não conhecer da ordem por haver previsão de recurso específico para impugnar ato do Juiz das Execuções Penais.
2. Reclamação julgada procedente para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, apreciando mérito da impetração originária, conceda a comutação ao Reclamante, caso atendidas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinações do Decreto n.º 4.904/2003.

(Rcl nº 3.035/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/2/2009)

Destarte, configurado o desrespeito à autoridade do julgado deste Superior Tribunal consubstanciado no HC nº 100.087/SP, de rigor a procedência da presente reclamação.

Impõe-se a imediata coarctação da ilegalidade por meio da concessão de **habeas corpus** de ofício, procedimento que se encontra, a meu ver, em sintonia com os princípios da celeridade processual e da efetividade.

Assim, passo, desde logo, à análise da aplicação do redutor de pena aqui tratado.

Há, nessa linha, precedente desta Terceira Seção:

PENAL. RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO EMANADA DESTA CORTE. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. PEDIDO QUE SE JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I - A reclamação, nos termos do art. 105, I, "f", da Lex Maxima e art. 187 do RISTJ, somente tem cabimento para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.

II - Não houve desrespeito à decisão emanada desta Corte no que pertine à fixação da pena base. Contudo, em relação ao aumento decorrente do reconhecimento das majorantes, foi inobservado o conteúdo decisório proclamado no julgamento do HC 51.055/RJ, eis que, aplicada novamente a pena, nessa parte, continuou a carecer de fundamentação concreta.

Reclamação julgada parcialmente procedente.

Habeas corpus concedido de ofício.

(Rcl nº 2.270/RJ, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 2/4/2007)

Na espécie, levando-se em conta que o paciente é primário, não ostenta maus antecedentes, bem como não havendo outras informações que indiquem que se dedicava a atividades criminosas, estão satisfeitos os requisitos legais à diminuição da reprimenda.

No entanto, considerando a quantidade de substância entorpecente apreendida – 650 gramas de cocaína acondicionadas em cápsulas –, penso, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observância ao princípio da proporcionalidade, deva ser aplicado o redutor no patamar de 1/3 (um terço).

Tal entendimento coaduna-se com a orientação assente nesta Corte. Confirmam-se as seguintes ementas:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO PARA DEFINIR A QUANTIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

(...)

VI - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

VII - No caso concreto, revela-se correta a decisão que, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes e que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, aplicou a causa de diminuição de pena no percentual de 1/6 (um sexto), diante da quantidade de droga apreendida.

Ordem parcialmente concedida.

(HC 133.789/MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 5.10.09)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA NOVA LEI. APLICABILIDADE. SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. PLEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME. QUESTÃO NÃO ARGUIDA, NEM APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Verificado que o delito foi cometido sob a égide da nova Lei n.º 11.343/06, e uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos previstos no seu art. 33, § 4.º, é de rigor a aplicação da aludida causa de diminuição, não se tratando de mera faculdade do julgador.

2. Os parâmetros fixados no art. 42 da citada Lei devem ser utilizados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo magistrado não como forma de vedar a aplicação da minorante, mas como critério para o estabelecimento do quantum, ou seja, do grau de redução que, in casu, varia de 1/6 a 2/3.

3. Na espécie, **considerada pelo Tribunal de origem como expressiva a quantidade da droga apreendida (quase 1 kg de maconha), cuja natureza não pesa em desfavor do Paciente, bem assim o fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, faz jus o Paciente ao grau intermediário de redução, qual seja: 1/2.**

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, tão-somente, no que diz respeito à dosimetria da pena, que fica quantificada em 02 anos e 06 meses de reclusão, e 250 dias-multa e, também, de ofício, para que seja o Paciente submetido ao regime aberto, mediante aferição dos requisitos subjetivos e estabelecimento de condições pelo Juízo das Execuções Penais.

(HC nº 129.626/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 8/9/2009)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. CABIMENTO. TRANSNACIONALIDADE. DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DA MAJORANTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que as disposições benignas contidas na Lei nº 11.343/06, incluindo o disposto no seu art. 33, § 4º, se aplicam aos crimes cometidos na vigência da Lei nº 6.368/76, nas hipóteses em que o réu for primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

2. **Considerando a grande quantidade de entorpecentes apreendidos, a redução pode ser fixada em patamar inferior ao máximo previsto na Lei Antidrogas.**

3. **No caso concreto, a paciente transportava mais de 24 (vinte e quatro) quilos de cocaína, o que possibilita a redução em 1/3 (um terço).**

4. Em atenção ao princípio constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica, a nova lei que rege os crimes de tráfico de drogas (Lei nº 11.343/06, art. 40, inciso I) deve ser aplicada quando incidir a causa de aumento decorrente da transnacionalidade do delito, elevando a pena em um sexto e não mais em um terço como estipulado nas instâncias precedentes. Concessão de ofício.

5. Ordem parcialmente concedida para, de um lado, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar de 1/3 (um terço) e diminuindo a majoração em razão da causa de aumento decorrente da transnacionalidade do delito em seu patamar mínimo - 1/6 (um sexto) -, reduzir as penas impostas à paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixando-as, definitivamente em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 51 (cinquenta e um) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da privativa de liberdade.

(HC nº 119.922/SP, de minha relatoria, DJ de 23.3.09)

Dito isso, as penas devem ser redimensionadas, o que passo a fazer desde já: a pena-base, relembre-se, é de 5 (cinco) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa. Não há agravantes ou atenuantes. Na terceira etapa, diminuo-as em 1/3 (um terço), em razão da aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, totalizando a reprimenda 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 46 (quarenta e seis) dias-multa, penas que torno definitivas por não haver outras circunstâncias modificadoras.

Cuidando-se de réu primário e sem antecedentes negativos, tenho como razoável o estabelecimento do regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção corporal, não se olvidando que o delito foi cometido antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007.

Tenho por inviável a conversão por medidas restritivas de direito em razão da já mencionada quantidade de droga apreendida.

À vista do exposto, julgo procedente a presente reclamação para reconhecer o descumprimento, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgado desta Corte proferido no **Habeas Corpus** nº 100.087/SP e concedo **habeas corpus** de ofício para reduzir a pena do reclamante de 5 (cinco) anos de reclusão, inicialmente no regime fechado, e 70 (setenta) dias-multa, a **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, inicialmente no regime semiaberto, e 46 (quarenta e seis) dias-multa.**

Comunique-se ao Tribunal de Justiça de São Paulo o teor deste acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0107203-3

Rcl 3546 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200800289221 993070053321

PAUTA: 24/03/2010

JULGADO: 24/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WAGNER NATAL BATISTA

Secretária

Bela. VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

AUTUAÇÃO

RECLAMANTE : JIM MARTIN VARGAS CASOS
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO
RECLAMADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Og Fernandes (Relator), julgando procedente a reclamação e concedendo habeas corpus de ofício, no que foi acompanhado com o voto antecipado pelo Sr. Ministro Nilson Naves, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro Felix Fischer.

Aguardam os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Arnado Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.
Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 24 de março de 2010

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECLAMAÇÃO Nº 3.546 - SP (2009/0107203-3)

EMENTA

PENAL. RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO PELO E. TRIBUNAL A QUO DE DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE EM SEDE DE **WRIT**. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO CONTIDO NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. ACÓRDÃO PROFERIDO COM FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

I - Tendo o e. Tribunal **a quo**, nos limites da decisão atacada, fundamentado especificamente a impossibilidade de aplicação da minorante contida no dispositivo do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, não se vislumbra, **na hipótese**, ofensa à autoridade de decisão proferida anteriormente por esta Corte, ensejadora de reclamação, nos termos do art. 105, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal.

II - 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**.

III - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei n.º 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.

IV - 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 n.º 6.368/76) gerando daí uma **terceira norma não**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elaborada e jamais prevista pelo legislador (EResp 1.094.499/MG, 3ª Seção, de **minha relatoria**, julgado em 28/04/2010; HC 151.442/SP, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJe de 07/06/2010; HC 146.476/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe de 10/05/2010; HC 144.364/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 12/04/2010).

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**.

Reclamação improcedente.

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de Reclamação interposta por JIM MARTIN VARGAS CASOS, na qual se alega descumprimento de decisão proferida por esta Corte no **writ** nº 100.087/SP.

Depreende-se dos autos que o reclamante, pleiteando a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, teve **habeas corpus** impetrado em seu benefício nesta Corte, autuado sob o nº 100.087/SP, no qual foi concedida a ordem para que o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se manifestasse fundamentadamente acerca da possibilidade de aplicação do dispositivo legal supramencionado.

Veja-se, oportunamente, o seguinte trecho do acórdão proferido pelo e. Tribunal **a quo**, quando do julgamento da Apelação, no que se refere ao dispositivo em comento:

"Já está em vigor a Lei nº 11.343/06 - a nova Lei de Tóxicos, revogada expressamente a Lei nº 6.368/76 -, que embora prevendo penas mais rigorosas no art. 33



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e §1º, dispõe expressamente no §4º do mesmo artigo que "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Mas esse dispositivo legal não pode ser desassociado do art. 42 da mesma lei, ao estabelecer que 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".

Mediante a conjugação dos dois dispositivos legais é que será examinada a possibilidade de redução, como previsto, não podendo se desconsiderar que essa redução é facultativa, já que expresso no §4º do art. 33 que as penas "poderão" ser reduzidas.

Sem dúvida que o §4º do art. 33 da lei sob enfoque deverá ser considerado neste julgamento, de acordo com o art. 2º, parágrafo único, Código Penal: "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

Para efeito de redução não podem ser levadas em conta as penas estabelecidas no art. 33 e seu §1º, da nova lei, já que a mínima prevista é a de 5 anos de reclusão, equivalente à Lei nº 6.368/76 o máximo de 15 anos, sendo certo que a mínima dessa lei revogada era de 3 anos. As penas pecuniárias sofreram grande aumento (de 500 a 1.500 dias-multa).

Em sendo assim deve ser enfocada a pena privativa de liberdade - também, aliás, a pecuniária, pois o §4º do art. 33 não faz ressalva - imposta na sentença.

No caso específico, e conforme fls. 185/187, o magistrado sentenciante fundamentou a não aplicação do novo diploma legal, descabida a redução de penas.

É o entendimento desta turma julgadora, não se podendo admitir benefícios em caso de tráfico de drogas envolvendo estrangeiro, assumindo importância também a quantidade de cocaína." (fls. 47/49)

Dessarte, o e. Tribunal **a quo**, cumprindo a determinação exarada por esta Corte no **writ** nº 100.087/SP, manteve a decisão anterior por seus próprios fundamentos, uma vez que já houvera, anterior e especificamente, analisado a **quaestio** ora aduzida pelo reclamante, em decisão da qual colaciono o seguinte excerto:

"Na sentença de primeira instância constou às fls 187 que pelos motivos *ah* alinhados "não se mostra possível a retroatividade da Lei 11.343/06" E a nova lei não foi aplicada, razão pela qual não se fez nenhuma redução das penas, redução essa não prevista pela Lei nº 6 368/76, muito embora seja certo que o magistrado observou que "ainda que se entendesse ser aplicável o disposto na Lei 11.343/06 ao caso em tela, pela quantidade de entorpecente fica patente que o réu ou integra organização criminosa ou dedica-se às atividades criminosas, posto que não teria condições de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possuir por si só a quantidade de entorpecente apreendido"

Esta turma julgadora decidiu de forma contrária. Vale dizer, entendeu-se em favor do réu e em exame de recurso seu aplicável a nova Lei nº 11.343/06, prevendo a redução de penas.

Mas, sempre com a devida vênia, o mesmo aresto, reduzindo de 9 para 5 anos de reclusão a pena corporal, e de 150 para 70 dias-multa a pecuniária, que se entendeu as mais adequadas, deixou claro que na hipótese específica não havia respaldo para nenhuma redução, mesmo sendo aplicável a nova Lei de Tóxicos. Basta a esse respeito verificar o último parágrafo de fls 247, com referência ao art. 42 do mesmo diploma legal - Lei nº 11.343/06 -, estabelecendo que 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" (ora grifado) Entendem os componentes desta Câmara Criminal, à unanimidade, que a redução de pena não é obrigatória ("poderá").

E prosseguiu-se nesse ponto exclusivo, mediante a conjugação dos arts. 33, §4º, e 42, ambos da mesma lei, é que será examinada a possibilidade de redução, que não seria facultativa as sim obrigatória, no respeitável entender dos eminentes ministros do E Superior Tribunal de Justiça.

Ainda que se conclua por essa obrigatoriedade o certo é que a quantidade de entorpecente, cerca de 650 gms de cocaína, acondicionada em 80 cápsulas, levou esta turma julgadora a não aplicar a redução de penas, sob o enfoque específico daquele art 33, §4º, da nova Lei de Drogas.

É verdade que ficou expresso no aresto sob enfoque que não se pode admitir benefícios em caso de tráfico de drogas envolvendo estrangeiro. Mas se decidiu, em complementação, assumir importância também a quantidade de cocaína." (fls. 51/52)

Desta forma, ao renovar o julgamento da Apelação, em face da determinação desta Corte, manteve, na íntegra, a 10ª Câmara de Direito Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o acórdão anteriormente proferido, ensejando a presente reclamação.

Ora, em que pese os argumentos trazidos pelo combativo patrono do reclamante, não vislumbro, **in casu**, ofensa à autoridade de decisão proferida por esta Corte ensejadora da medida prevista no art. 105, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal.

É que, nos limites da decisão ora atacada, entendo que o e. Tribunal **a quo**, efetivamente, e de acordo com os fundamentos anteriormente colacionados, analisou, de fato, a impossibilidade de aplicação da minorante contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, por não vislumbrar respaldo suficiente para sua aplicação na hipótese, tendo em vista a natureza e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a grande quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do ora reclamante.

Além disso, cumpre ressaltar que a **Terceira Seção** desta Corte, em **28/04/2010**, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.094.499/MG, de **minha relatoria**, e conforme consignado no Informativo de jurisprudência nº 432 desta Corte, firmou entendimento no seguinte sentido:

*"Como consabido, vem do art. 5º, XL, da CF/1988 o reconhecimento do princípio da retroatividade da lei mais benéfica como garantia fundamental, aplicando-se, imediatamente, a nova norma mais favorável ao acusado até mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Contudo, a verificação da lex mitior no confronto de leis é feita in concreto, pois a norma aparentemente mais benéfica em determinado caso pode não sê-lo em outro. Daí que, conforme a situação, há retroatividade da norma nova ou a ultra-atividade da antiga (princípio da extra-atividade). Isso posto, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (nova lei de tráfico de drogas), que, ao inovar, previu causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento constante no caput daquele mesmo artigo, não pode ser combinado ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 (antiga lei de tráfico de entorpecentes), a gerar terceira norma, não elaborada e jamais prevista pelo legislador. A aplicação dessa minorante, inexoravelmente, aplica-se somente em relação à pena prevista no caput do art. 33 da nova lei. Dessarte, há que se verificar, caso a caso, a situação mais vantajosa ao condenado, visto que, conforme apregoam a doutrina nacional, a estrangeira e a jurisprudência prevalecente no STF, jamais se admite a combinação dos textos para criar uma regra inédita. Precedentes citados do STF: RHC 94.806-PR, DJe 16/4/2010; HC 98.766-MG, DJe 5/3/2010, e HC 96.844-MS, DJe 5/2/2010. **EResp 1.094.499-MG, Rel. Min. Felix Fischer, julgados em 28/4/2010.**"*

Outrossim, analisando-se a situação do apenado, no caso concreto, deve-se verificar qual a situação mais vantajosa, se a aplicação do art. 12 da Lei 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos), ou a aplicação do preceito contido no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, de acordo com a pena prevista no **caput** do dispositivo, visto que, conforme apregoam a doutrina nacional, a estrangeira e a jurisprudência prevalecente no STF, jamais se admite a combinação dos textos para criar uma regra inédita, jamais prevista pelo legislador.

Veja-se, ainda neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. MINORANTE (TEXTO LEGAL VINCULADO). PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL REGRA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE.

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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 - Na hipótese, consoante decidido pelo e. Tribunal a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quo, não se revela vantajosa ao paciente a aplicação da nova lei, haja vista a necessidade de exclusão da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, face a diversidade e significativa quantidade de droga apreendida, bem como a existência de outros elementos relevantes considerados pela Corte Estadual (apreensão de razoável quantia em dinheiro em poder do paciente e depoimento das testemunhas de acusação).

Ordem denegada."

(HC 151.442/SP, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJe de 07/06/2010)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. MINORANTE INSERTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. INVIABILIDADE. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. TRIBUNAL IMPETRADO QUE NÃO APLICOU A LEGISLAÇÃO MAIS FAVORÁVEL À PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A Quinta Turma deste Tribunal vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei 11.343/2006, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei antiga, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena-base cominada ao delito do art. 33 da novatio legis.

(...)

3. Ordem concedida a fim de, aplicando retroativamente, na íntegra, a Lei n.º 11.343/06, reduzir a pena da paciente para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, fixando-se, ainda, o regime aberto para o início do cumprimento da sanção imposta."

(HC 146.476/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe de 10/05/2010)

"HC LIBERATÓRIO. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 12, CAPUT DA LEI 6.368/76 C/C O ART. 62, I DO CPB). PENA TOTAL: 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ACUSADA QUE PERMANECEU SOLTA DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO STJ E STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. ELEVADA CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (68 KG DE MACONHA). REGIME PRISIONAL ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DIVERSA QUE DEMANDARIA AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA PERMITIR QUE A PACIENTE AGUARDE EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DE SUA CONDENAÇÃO.

1. Esta Corte, acompanhando entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, se o acusado respondeu ao processo em liberdade e não estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP).

2. Ressalva, porém, do ponto de vista do Relator, pois a Lei 11.719/08, que alterou profundamente a sistemática do processo penal brasileiro e introduziu a proibição de prisão do réu para apelar, manteve, no entanto, o art. 393 do CPP, segundo o qual, é efeito da sentença condenatória recorrível ser o réu preso ou conservado na prisão. Dessa forma, ausente constrangimento ilegal na determinação de prisão após o julgamento da Apelação defensiva pelo Tribunal Estadual que confirma a condenação do acusado.

3. Na hipótese, devidamente motivada pelo Julgador a fixação da pena-base acima do mínimo legal, com base em aspectos concretos (intensa culpabilidade, *modus operandi* e quantidade da droga), inviável a alteração da sanção imposta na via exígua do mandamus.

4. Reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e assim mantida, não há ilegalidade na fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

5. **A 5a. Turma desta Corte entende ser inadmissível a combinação das Leis 6.368/76 e 11.343/06, com a aplicação somente dos aspectos benéficos de uma e outra, sob pena de o Julgador usurpar as funções do legislador ordinário, criando outra norma legal inexistente no ordenamento jurídico; dessa forma, tem-se proclamado que a solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2o. do CPB e 5o., XL da CF/88), sem todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando ao intérprete extrair apenas**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado).

6. Na hipótese, todavia, a discussão revela-se desimportante, pois, tanto o MM. Juiz de primeiro grau como o Tribunal Estadual frisaram que a paciente liderava o comércio de drogas, sendo responsável pelo provimento dos meios necessários para a consecução do empreendimento criminoso e pela coordenação dos demais envolvidos e rever tal conclusão mostra-se inadmissível na via exígua do mandamus, dada a indisfarçável necessidade de dilação probatória; dessa forma, insuficiente o predicado da primariedade para a aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, mormente se evidenciada a dedicação a atividades criminosas.

7. Ordem parcialmente concedida, com a ressalva do entendimento pessoal do Relator, apenas e tão-somente para permitir que a paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação proferida nos autos da Ação Penal 10/99-A."

(HC 144.364/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 12/04/2010)

Na hipótese, sopesando os elementos trazidos aos autos, verifica-se que a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - mostra-se mais benéfica ao reclamante, razão pela qual não se concede **habeas corpus** de ofício para aplicação da minorante contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, a qual possui como parâmetro a pena estabelecida no **caput** do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

Desta forma, não há fundamento algum que sustente a pretensão do reclamante, razão pela qual julgo improcedente a presente reclamação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0107203-3

Rcl 3.546 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200800289221 993070053321

PAUTA: 24/03/2010

JULGADO: 23/06/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE**

Secretária

Bela. **VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO**

AUTUAÇÃO

RECLAMANTE : JIM MARTIN VARGAS CASOS
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO
RECLAMADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Felix Fischer divergindo do Relator, julgando improcedente a reclamação, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), a Seção, por maioria, julgou improcedente a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Og Fernandes (Relator) e Nilson Naves, que julgavam procedente a reclamação e concediam habeas corpus de ofício.

Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer (Relator para acórdão) os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi.

Vencidos os Srs. Ministros Og Fernandes (Relator) e Nilson Naves.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 23 de junho de 2010

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO
Secretária