

RECURSO ESPECIAL Nº 1.784.471 - MG (2018/0324330-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : WANDERSON FELIPE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **WANDERSON FELIPE**, com fundamento no art. 105, III, "c", da Constituição Federal, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu provimento ao apelo da acusação para afastar a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, redimensionando a sanção para 3 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 70 dias-multa, mantido o regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Nas razões, alega o recorrente contrariedade dos arts. 619 do Código de Processo Penal, 12 da Lei n. 6.368/1976, 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Sustenta que a) "a despeito da presença de omissão no acórdão que julgou a apelação criminal, e a apresentação oportuna dos embargos de declaração defensivos, deixou de se manifestar sobre esclarecimentos solicitados e pedidos formulados pela defesa"; b) "embora seja inadmissível a combinação de leis sucessivas, de modo a se criar uma *lex tertia*, é cabível a aplicação retroativa de lei penal com o fim de efetivar o princípio da retroatividade da lei penal benéfica ao acusado"; c) "aplicando-se, *in casu*, o disposto no artigo 33, *caput* e §42, da Lei 11.343/06, conclui-se que o Recorrente faz jus à incidência da maior fração redutora prevista em lei", ainda mais quando "apreendida pequena quantidade de entorpecente, consistente em 20,50g de maconha e 2,25g de cocaína".

Requer, assim, o provimento recursal para "para reformar o acórdão e aplicar o disposto no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/06, reduzindo a reprimenda imposta ao Recorrente".

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 504-507).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e provimento do apelo especial (e-STJ, fls. 525-530).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, releva anotar que, de uma leitura atenta do acórdão impugnado, não se verifica a alegada violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, pois o Tribunal de origem dirimiu a questão jurídica que lhe foi trazida com fundamentos suficientes, apreciando de forma integral a controvérsia apresentada. Ademais, não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional (AgRg no AREsp 101.686/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 02/12/2013; AgRg no AREsp 172.784/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 28/11/2013).

Quanto ao mérito recursal, assiste razão à defesa.

O Tribunal de origem, ao prover o apelo ministerial, afastou a incidência

da minorante da Lei n. 11.343/2006, sob a seguinte motivação:

"O pedido merece acolhimento.

De relevo salientar, por oportuno, que comungo do entendimento de que é inadmissível a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 ao crime de tráfico cometido sob a égide da antiga Lei 6.368/76.

Conforme me manifestei em outras oportunidades, entendo que a aplicação da lei mais favorável ao réu deve ocorrer por inteiro, e não de maneira fracionada.

Além disso, a referida causa especial de diminuição de pena criada pela Lei 11.343/06 aplica-se aos delitos cometidos durante a sua vigência, ante a disparidade entre as penas-base estabelecidas na Lei 6.368/76 e aquelas previstas na nova Lei.

Forçoso convir, dessa forma, que se o Poder Judiciário aplicasse o art. 12 da Lei 6.368/76 para fixar a pena-base e depois a reduzisse em virtude da mencionada minorante, estar-se-ia criando uma terceira lei, o que, d.m.v., é inadmissível.

Nesse sentido é a Súmula 501, aprovada pela Terceira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, cuja publicação se deu no dia 28 de Outubro de 2013, in verbis:

'É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis'.

[...]

Nesse contexto, imperioso o acolhimento do pedido ministerial, com o consequente decote do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06" (e-STJ, fls. 464-467).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de ser inadmissível a aplicação, de forma híbrida, da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 preconizada na Lei n. 11.343/2006, à pena mais branda prevista no tipo penal do art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

No Enunciado Sumular n. 501 desta Corte, consta que "é cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis". Observa-se, portanto, que a incidência retroativa da nova lei Drogas, sob os fatos praticados na época em vigor da Lei n. 6.368/1976, é admitida, **apenas**, quando **integralmente** mais benéfica ao réu.

Na hipótese, certificada a primariedade do acusado e a ausência de elementos que indiquem seu envolvimento habitual em atividade criminosa, o recorrente tem direito à aplicação da minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, sobretudo quando pequena a quantidade de droga apreendida (20,50g de maconha e 2,25g de cocaína). Logo, **é devida a aplicação integral da Lei n. 11.343/2006**, uma vez que mais favorável ao recorrente.

Por sua vez, constata-se, ademais, que, embora a primeira etapa da dosimetria não tenha sido objeto desse recurso especial, a existência de flagrante ilegalidade no ponto, enseja a atuação, de ofício, deste Tribunal Superior.

Vejamos:

O Juízo sentenciante elevou a pena-base em 3 meses de reclusão, e a

Corte estadual manteve-a no mesmo patamar, considerando os parâmetros da Lei n. 6.368/1976, sob os seguintes fundamentos:

"A conduta o réu é censurável, visto que sendo imputável, tinha consciência do delito praticado. O réu possui bons antecedentes, conforme CAC de f. 269 e FAC de f. 264/265. Presume-se que a conduta social e a personalidade do réu são boas, ante a ausência de dados contrários nos autos. A motivação do delito é, sem sombra de dúvidas, disseminar o vício, para dar prosseguimento ao delito de tráfico. As circunstâncias e as conseqüências são as comuns do próprio delito. A sociedade não contribuiu para a prática delitiva; o que deve ser considerado em seu desfavor.

As penas cominadas ao delito de tráfico de drogas são, cumulativamente, reclusão e multa.

Pela análise das circunstâncias judiciais que não lhe são inteiramente favoráveis, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão e 70 (setenta) dias-multa. Verifica-se a ausência de atenuantes, agravantes e causas gerais de aumento e de diminuição de pena e causas especiais de aumento. Salienta-se a presença da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º do Código Penal, pelo que reduz a pena em 2/5 (dois quintos), como já fundamentado. Assim, fixo a pena em definitivo em 01 (um) ano e 11 (onze) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 42 (quarenta e dois) dias-multa" (e-STJ, fl. 372).

Segundo se infere, foram sopesadas desfavoravelmente ao réu, a sua culpabilidade ("consciência do delito praticado"), a motivação do delito ("disseminar o vício, para dar prosseguimento ao delito de tráfico") e o comportamento da vítima ("A sociedade não contribuiu para a prática delitiva; o que deve ser considerado em seu desfavor").

Entretanto, em que pese à existência de certo grau de discricionariedade do julgador no cálculo da pena, verifica-se que não houve a indicação de elementos idôneos para a majoração da pena-base, pois as instâncias antecedentes se valeram de argumentos genéricos quanto à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas e de dados próprios do tipo penal, tal como consciência da ilicitude, em manifesto confronto com a jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

"[...]

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em dados concretos não podem ser utilizados para aumentar a pena-base.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 377.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/2/2017);

"[...]

2. O aumento da pena-base pela culpabilidade requer fundamento concreto, não se prestando a tal a mera referência à gravidade do dolo. Precedentes.

"[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente a 10 anos de reclusão.

(HC 214.112/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/8/2015, DJe 15/9/2015).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, afastadas as circunstâncias valoradas negativamente pelas instâncias antecedentes, fixo a pena-base no mínimo legal (5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa), a qual fica mantida na segunda etapa diante da ausência de agravantes ou atenuantes. Na terceira etapa, reconhecida a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração de 2/3, a sanção final resta em 1 ano e 8 meses de reclusão mais pagamento de 166 dias-multa.

Não há reparos a serem feitos no regime inicial, pois foi estabelecido o mais benéfico, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por restritivas de direitos.

Por fim, levando-se em conta a pena final aplicada, verifica-se a **ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal**, impondo-se a sua declaração, de ofício, por esta Corte, por se tratar de matéria de ordem pública.

De acordo com o disposto no art. 110, § 1º, do CP, "a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa."

Na espécie, considerada a reprimenda estabelecida (1 ano e 8 meses de reclusão), a prescrição da pretensão punitiva ocorre em 4 anos (arts. 109, V, e 119, ambos do CP). Transcorrido referido lapso temporal entre a data da publicação da sentença condenatória (24/2/2011 - e-STJ fl. 376) e do acórdão da apelação (18/7/2018 - e-STJ, fl. 488), deve ser declarada extinta a punibilidade do recorrente.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, "c", do RISTJ **dou provimento** ao recurso especial para reconhecer, como mais benéfica ao recorrente, a aplicação retroativa integral da Lei n. 11.343/2006. **Concedo**, ainda, *habeas corpus*, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, redimensionando a sanção final para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, bem como para declarar extinta a punibilidade do paciente, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal (art. 110, § 1º, c/c art. 109, VI, do Código Penal).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator