

RECURSO ESPECIAL Nº 1.845.021 - MS (2019/0319720-5)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : EDSON FERREIRA DE MEDEIROS (PRESO)
ADVOGADOS : INAÍZA HERRADON FERREIRA - MS010422
MAIZE HERRADON FERREIRA - MS012127

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. FATOS OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI N. 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. AUMENTO DO PATAMAR DE 1/6. (ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI 11.343/06). PLEITO MINISTERIAL. COMBINAÇÃO DE PONTOS ESPECÍFICOS DE DUAS NORMAS DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 501/STJ. SÚMULA 568/STJ. INCIDÊNCIA. PARECER DO MPF FAVORÁVEL. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça daquele Estado.

Consta dos autos que a parte recorrida foi condenada às penas de **14 (quatorze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além de 320 (trezentos e vinte) dias multa e de 12 (doze) anos de reclusão e 253 (duzentos e cinquenta e três) dias-multa**, em regime inicial **fechado**, pela prática do delito previsto no art. 12 (tráfico de drogas) c/c o art. 18, inciso IV e 14 (associação para o tráfico), todos da Lei n. 6.368/76. (fl. 165).

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento à **revisão criminal** defensiva para redimensionar a reprimenda em **17 (dezessete) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e 314 (trezentos e quatorze) dias-multa**. Eis a ementa do julgado (fls. 163/164):

"REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – EXPURGO DA MODULADORA PERSONALIDADE – MANTIDAS A CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PENA-BASE REDUZIDA – PRETENDIDA COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – AGENTE MULTIRREINCIDENTE – PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE NO CASO CONCRETO – AUMENTO DO PATAMAR DE 1/6 – APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA (ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI 11.343/06) – RETROATIVIDADE – PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I- Revendo posicionamento anteriormente consolidado por este relator, passo a adotar o entendimento de que eventuais condenações do réu, transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência, não podem valorar negativamente a moduladora da personalidade.

II- Não merece provimento a irresignação do requerente quanto à valoração negativa das moduladoras da culpabilidade e das consequências do delito, pois foram adequadamente fundamentadas pelo magistrado, não constituindo elementos genéricos.

III - A compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência não pode ocorrer quando o agente é multirreincidente, como é o caso de quem registra condenações definitivas, sob pena de se ver lesionados os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

IV – Aplica-se o patamar em 1/6 (artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06), referente a causa de aumento anteriormente prevista no artigo 18, inciso IV, da Lei nº 6.368/76, por ser mais benéfica ao requerente.

Contra o parecer, julgo parcialmente procedentes os pedidos constantes na ação revisional, para afastar a valoração negativa da personalidade, readequando, consequentemente a pena do requerente."

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 203/209), nos termos da ementa a seguir transcrita:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO – INCONFORMISMO ACERCA DO JULGAMENTO – PRETENSÃO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NA LEI POR MEIO DE EMBARGOS – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO –

INVIABILIDADE – REJEITADOS.

O cabimento dos embargos de declaração em matéria criminal está disciplinado no artigo 619, do Código de Processo Penal, sendo que a inexistência dos vícios ali consagrados implicam a rejeição da pretensão aclaratória.

Embargos conhecidos e rejeitados."

Nas razões do recurso especial (fls. 216/230), o **Parquet** sustenta violação aos artigos 2º, do Código Penal, 18, inciso IV, da Lei n. 6.368/76, e 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, *"ao combinar dois pontos específicos de duas normas diversas em benefício do réu, incorrendo na criação de uma terceira norma não estabelecida pelo legislador."* (fl. 221).

Informa, no ponto, que o sentenciante havia aplicado a majorante prevista no art. 18, inciso IV, da Lei n. 6.368/76, a qual estabelecia o aumento de 1/3 a 2/3 de pena pela infração praticada nas imediações ou no interior de estabelecimento penal. Já o Tribunal **a quo**, reformando a sentença, aplicou o art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, a qual prevê o aumento de 1/6 e 2/3 da pena, sendo mais benéfico para o réu, o que não é permitido no ordenamento jurídico, pois a combinação de pontos específicos de duas normas diversas incorrem em criação de outra lei. Aponta, para tanto, o julgado da e. Corte Suprema no RE 600.817/MS (informativo 727) e a Súmula 501/STJ como violada.

Pleiteia, portanto, pela aplicação da fração de 1/3 da majorante incerta no art. 18, inciso IV, da Lei n. 6.368/76.

Contrarrazões não apresentadas (fl. 233), o recurso foi admitido na origem (fls. 235/239) e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial, conforme a seguinte ementa (fl. 252):

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Consoante entendimento do STJ, não é possível aplicar, de maneira híbrida, a fração de aumento prevista no art. 40, da Lei n. 11.343/2006, com a sanção mais branda que vigia ao tempo da Lei n. 6.368/1976. Assim, deve ser aplicada na

integralidade a Lei nº 6.368/76 cuja pena pelo tráfico é mais favorável. Súmula nº 501/STJ. Precedentes do STJ.

2. Parecer pelo provimento do recurso."

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar.

Conforme relatado, insurge o **Parquet** quanto ao processo de combinação de duas normas diversas, incorrendo na criação de uma terceira norma não estabelecida pelo legislador.

Pois bem. No que tange à **dosimetria** da pena dos delitos de tráfico de drogas e associação ao tráfico, no que importa ao caso, asseverou a e. Corte de origem (fls. 170/175, destaquei):

"Em análise às circunstâncias judiciais de que trata o artigo 59 do Código Penal, diante do afastamento da circunstâncias da personalidade, fixo a pena-base em 07 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa.

Na segunda fase deve ser mantida a preponderância da agravante da reincidência, pois se trata de réu multireincidente.

[...]

Assim, na segunda fase da dosimetria, mantém-se como circunstância agravante, a qual incide a reincidência delitiva preponderante frente a atenuante da confissão, nos termos do que dispõe o artigo 67 do Código Penal. Dessa forma, agravo a pena-base em 1 (um) ano e 03 (três) meses e 19 (dezenove) dias-multa, resultando, nesta fase, a pena em 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 135 (cento e trinta e cinco) dias-multa.

Como causa especial de aumento e diminuição da pena, incide na hipótese o disposto no artigo 18, IV da Lei 6.368/76, já que os delitos praticados pelo réu EDSON foram executados de dentro das dependência da unidade prisional onde se encontrava preso, porém, em razão da alteração da Lei 11343/06 (artigo 40, inciso III), o aumento da pena passou a ser de 1/6 a 2/3, razão pela qual, aplicando-se a Lei mais favorável, resulta a pena definitiva, aplicando-se o patamar de 1/6, em 10 (dez) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 157 (cento e cinquenta e sete) dias multa, a cada um dos crimes.

[...]

Em análise às circunstâncias judiciais de que trata o artigo 59 do Código Penal, diante do afastamento da circunstâncias da personalidade, fixo

a penabase em 05 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias multa.

Na segunda fase deve ser mantida a preponderância da agravante da reincidência, pois se trata de réu multireincidente.

[...]

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça excepciona a aludida compensação nas hipóteses de multirreincidência ou de reincidência específica, devendo, nestes casos, ser reconhecida a preponderância da referida agravante.

[...]

Assim, na segunda fase da dosimetria, mantém-se como circunstância agravante, a qual incide a reincidência delitiva preponderante frente a atenuante da confissão, nos termos do que dispõe o artigo 67 do Código Penal. Dessa forma, agravo a pena-base em 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa, resultando, nesta fase, a pena em 06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 135 (cento e trinta e cinco) dias-multa.

Como causa especial de aumento e diminuição da pena, incide na hipótese o disposto no artigo 18, IV da Lei 6.368/76, já que o réu EDSON comandava o bando de dentro das dependências da unidade prisional onde se encontrava preso, porém, em razão da alteração da Lei 11343/06 (artigo 40, inciso III), o aumento da pena passou a ser de 1/6 a 2/3, razão pela qual, aplicando-se a Lei mais favorável, resulta a pena definitiva, aplicando-se o patamar de 1/6, em 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão e 157 (cento e cinquenta e sete) dias-multa.

Aplicando-se a regra do concurso material entre os crimes de tráfico de entorpecente e associação ao tráfico (art.69 do Código Penal), TOTALIZAM-SE as penas em 17 (dezessete) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 314 (trezentos e quatorze) dias-multa.

Dispositivo

Contra o parecer, julgo parcialmente procedentes os pedidos constantes na ação revisional, para afastar a valoração negativa da personalidade, readequando, conseqüentemente, a pena do requerente, reduzindo, ainda, a causa de aumento para 1/6, em razão da alteração e aplicação da Lei mais favorável."

Na espécie, verifico que a e. Corte **a quo** fixou as primeiras fases da dosimetria da pena, de ambos os delitos, nos termos da antiga lei de tóxicos (Lei n. Lei 6.368/760) e aplicou a lei posterior, mais benéfica ao réu, apenas no ponto em que se fixou a majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, para aplicar a causa de aumento em 1/6 ao invés de 1/3 conforme previa a antiga norma, ocorrendo, assim, a combinação entre as leis.

Com efeito, diviso que assiste razão ao ora recorrente, em seu reclamo, tendo em vista que o entendimento do v. acórdão recorrido, no ponto, destoa da jurisprudência deste Sodalício, no sentido de que: *"É cabível a aplicação retroativa da Lei nº 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 nº 6.368/76, sendo vedada a combinação de leis"*. (Súmula 501/STJ, destaquei). A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIRETOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO ART. 12 DA LEI N. 6.368/76. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). COMBINAÇÃO DE LEIS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INVIABILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.117.068/PR, acolheu a tese no sentido de que a concessão da minorante do § 4º do artigo 33 sobre a pena fixada com base no preceito secundário do artigo 12 da Lei nº 6.368/76 não decorreria de mera retroatividade de lei nova mais benéfica, mas de verdadeira aplicação conjugada das normas revogada e revogadora, sendo, por isso, de todo inviável (AgRg no REsp 1.578.209/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 27/6/2016). Assim, esta Corte Superior admite a retroatividade da Lei n. 11.343/06, a fatos anteriores a sua vigência, quando mais favorável ao réu, sendo vedada a sua combinação com a revogada Lei n. 6.368/76.

[...]

6. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 954.614/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 26/02/2019, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FATOS OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. SUPERVENIÊNCIA DE LEI NOVA. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Consoante o enunciado 501 da Súmula desta Corte, é cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/06, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei 6.368/76, sendo vedada a combinação de leis.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 175.898/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 16/12/2016, grifei).

Incide, **in casu**, a **Súmula 568 desta Corte de Justiça**, no sentido de que *“O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante a respeito do tema”*.

Dessa feita, merece acolhimento o reclamo, notadamente porque a decisão do eg. Colegiado, no ponto, se encontra em **desconformidade** com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Considerando a fundamentação exposta, imperioso **revisar a dosimetria** da pena.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento ao recurso especial** e determino o retorno dos autos ao eg. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, para que refaça a dosimetria da pena do recorrido EDSON FERREIRA DE MEDEIROS, nos termos da fundamentação supra.

P. e I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 07 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator