



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
MINUTA DE JULGAMENTO FLS.

*** SEGUNDA TURMA ***

2006.61.07.003792-1 28205 ACR-SP
PAUTA: 09/10/2007 JULGADO: 09/10/2007 NUM. PAUTA: 00003

RELATOR: DES.FED. CECILIA MELLO
REVISOR: DES.FED. HENRIQUE HERKENHOFF
PRESIDENTE DO ÓRGÃO JULGADOR: DES.FED. COTRIM GUIMARÃES
PRESIDENTE DA SESSÃO: DES.FED. COTRIM GUIMARÃES
PROCURADOR(A) DA REPÚBLICA: Dr(a). GEISA DE ASSIS RODRIGUES

AUTUAÇÃO

APTE : APARECIDO LIMA FARIAS reu preso
APDO : Justiça Publica

ADVOGADO(S)

ADV : NELSON DIAS DOS SANTOS (Int.Pessoal)

SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Segunda Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso da defesa de Aparecido Lima Farias para afastar a vedação de progressão de regime, competindo a análise das condições ao Juízo das Execuções, mantida a pena corporal de 3 (três) anos de reclusão, bem como a pena pecuniária de 30 (trinta) dias-multa, reduzido, de ofício, o valor unitário de cada dia-multa para 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, nos termos do voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, acompanhada pelo voto do Sr. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff e pelo voto do Sr. Desembargador Federal Nelton dos Santos, este último pela conclusão.

Votaram os(as) DES.FED. HENRIQUE HERKENHOFF e DES.FED. NELTON DOS SANTOS.

MARTA FERNANDES MARINHO CURIA
Secretário(a)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

PROC. : 2006.61.07.003792-1 ACR 28205
ORIG. : 2 Vr ARACATUBA/SP
APTE : APARECIDO LIMA FARIAS reu preso
ADV : NELSON DIAS DOS SANTOS (Int.Pessoal)
APDO : Justiça Pública
RELATOR : DES.FED. CECILIA MELLO / SEGUNDA TURMA

R E L A T Ó R I O

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO:
Ratifico o relatório apresentado pelo Exmo. Juiz Federal Convocado Paulo Sarno, do seguinte teor:

"Aparecido Lima Farias apela da r. sentença de fls.177/184, proferida pela MMª. Juíza Federal da 2ª Vara Federal de Araçatuba- SP, que julgou procedente a denúncia para condená-lo à pena de 03 (três) anos de reclusão, a ser integralmente cumprida em regime fechado e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada dia-multa fixado em 2/30 do salário mínimo vigente à data dos fatos, por infração ao artigo 12, caput, da Lei nº 6.368/76.

Consta dos autos que, no dia 02.04.2006, por volta das 09:30h, no município e comarca de Penápolis -SP, na rodovia Assis Chateaubriand, altura do KM 296, o réu trazia consigo cerca de 17.966g (dezessete mil novecentos e sessenta e seis gramas) de **cannabis sativa, substância que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.**

Narra a exordial, que Policiais Rodoviários Federais que exerciam fiscalização de rotina encontraram no interior de um ônibus da empresa Planalto Turismo e Transportes-LTDA, linha Santa Maria/RS - Palmas/TO, sob a poltrona do apelante, uma bolsa pequena de **nylon, contendo a referida substância dividida em 10 (dez) tabletes.** O processo foi iniciado na Justiça Estadual. Com o advento do art. 70 da Lei nº 11.343/06, foi determinado o envio dos autos para a Justiça Federal em 08/11/2006 (fl.105), considerando os termos da denúncia oferecida. A defesa ofereceu defesa preliminar, nos termos do art. 38, da Lei nº 10.409/02.

A denúncia foi recebida em 12.12.2005 (fl. 120/123). Regularmente processado o feito, sobreveio a sentença condenatória, publicada em Secretaria no dia 22.01.2007 (fl. 185).

Inconformado, o réu interpôs recurso (fls. 197/200) pleiteando, em síntese, o direito à progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena imposta.

O Ministério Público Federal apresentou contra-razões às fls. 207/222.

Recebido e processado o recurso, os autos subiram a este Eg. Tribunal.

Oficiando nesta Instância, o douto Procurador Regional da República, Dr. João Bosco Araújo Fontes Júnior em seu parecer de fls. 255/258, opinou pelo provimento parcial



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

do recurso, somente no que toca afastar a vedação de progressão de regime, mantendo-se a aferição dos requisitos objetivos e subjetivos para sua concessão ao Juízo das Execuções.
É o relatório.
À revisão."

CECILIA MELLO

DESEMBARGADORA FEDERAL RELATORA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

PROC. : 2006.61.07.003792-1 ACR 28205
ORIG. : 2 Vr ARACATUBA/SP
APTE : APARECIDO LIMA FARIAS reu preso
ADV : NELSON DIAS DOS SANTOS (Int.Pessoal)
APDO : Justiça Pública
RELATOR : DES.FED. CECILIA MELLO / SEGUNDA TURMA

V O T O

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL **CECILIA MELLO**: No tocante à materialidade delitativa, restou comprovada de forma inequívoca, através do Laudo de Constatação Preliminar de fl. 14/16, posteriormente confirmado pelo Laudo de Exame em Substância de fls. 56/57 e o Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 15/16.

Por sua vez, a autoria do crime também restou provada à saciedade e não foi objeto de irresignação nos autos.

De qualquer forma, o réu confessou os fatos de maneira bastante clara quando oitivado em juízo, informando que transportava a droga dentro de uma sacola de mão e que a droga teria como destino a cidade de São José do Rio Preto (fls. 156/159), **verbis**:

"...Na ocasião da fiscalização, na rodovia Assis Chateaubriand, os policiais abordaram o ônibus e pediram para os passageiros permanecerem sentados enquanto faziam a revista das bolsas-de-mão, em relação ao acusado a revista foi feita na sua bagagem de mão (uma bolsa de nylon), que estava ao seu lado, onde não havia passageiro. Nessa bolsa havia 18 quilos de maconha de sua propriedade e que a destinação da droga era a cidade de São José do Rio Preto SP para uso e revenda. O valor da aquisição foi de R\$ 750,00. A pessoa que lhe vendeu a droga era morena, alta, de cujo nome não se recorda, conhecido como "NEGÃO". A compra foi realizada na cidade de Guairá PR, embora o vendedor parecia ter origem ou ascendência paraguaia. (...)"

A corroborar a apreensão da droga em poder do réu, preso em flagrante delito ao viajar no ônibus da empresa Planalto, a prova testemunhal é uníssona e convincente (fls. 160/161, 162/163, 164/165):

"...Na data dos fatos abordaram, em fiscalização de rotina, um ônibus, e na vistoria da bagagem de mão dos passageiros encontraram em poder do acusado (poltrona 29), dez tijolos de substância que após teria sido confirmada como sendo maconha, que adquiriu em uma cidade do Paraguai, de uma pessoa de nome "NEGÃO", pelo valor de R\$ 350,00. Afirmou à época, também, que a droga seria destinada para entrega para uma pessoa de nome "JAMAICA", na cidade de São José do Rio Preto SP. Foi a própria testemunha que localizou a droga (...)

(...)
...Recorda-se em abordagem de rotina ao ônibus, foi encontrada uma sacola de nylon sob a poltrona 29, onde



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

estava sentado o acusado. A testemunha não participou pessoalmente da revista nessa bolsa em especial, pois estava fazendo a revista de outros passageiros no momento. Quem fez a vistoria na bagagem do acusado foi o Cabo Edemilson, que o chamou para constatar a existência de dez tabletes de suposta substância entorpecente (maconha). O acusado reconheceu a posse da droga que teria adquirido em Salto do Guairá - Paraguaia, de uma pessoa de nome "NEGÃO", por R\$ 350,00. (...)
...mediante a fiscalização na poltrona 29 foi encontrada uma bolsa que se encontrava nos pés do réu e dentro havia dez tijolos de maconha envoltos em fita adesiva. O acusado confessou a propriedade da droga e que a teria adquirido na cidade de Salto do Guairá - Paraguai, no valor de R\$ 350,00. Na época o acusado teria afirmado que droga iria para a cidade de São José do Rio Preto SP, para entregá-la a um rapaz de nome "JAMAICA", não se recorda se à época do flagrante o acusado teria dito que era a primeira vez que praticava o delito. (...)"

Em nenhum momento no recurso, portanto, discutiu-se a autoria e culpabilidade do delito que restou sobejamente comprovada.

A condenação, portanto, era de rigor e merece ser mantida.

E neste ponto, passo a tecer alguns comentários que julgo pertinentes em relação aos princípios que regem a aplicação da Lei no tempo e seus demais aspectos com a vigência da Lei nº 11.343/06.

A nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343, de 23.08.2006 (DOU de 24.08.2006) - com expressa previsão de vigência em quarenta e cinco dias a contar de sua publicação, veio reparar, ainda que não imediatamente, algumas situações que beiravam a impunidade, geradas pela lei anterior, especialmente pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da vedação de progressão do regime prisional da pena, proibição essa que, tida como correta pela maioria dos magistrados, acabou por levar à aplicação de penas mínimas, as quais, se cumpridas em regime integralmente fechado, dariam ao condenado, bem como à sociedade, a exata resposta da repressão ao tráfico de drogas.

Entretanto, a aplicação de penas mínimas - cuja possibilidade de progressão do regime de cumprimento veio a ser posteriormente admitida sem a viabilidade jurídica de aumento quantitativo da pena inicialmente imposta, deu à sociedade e aos que participam do tráfico de entorpecentes, a certeza da impunidade.

A nova lei, com vistas a corrigir tais distorções, apresenta uma política penal não apenas mais rigorosamente repressiva, mas também em maior conformidade com o mundo que cerca o tráfico de entorpecentes, eis que abrange, com maior detalhamento e extensão, a diversidade de situações que cercam os delitos dessa natureza.

Apenas para apontar exemplos do quanto afirmado, um paralelo entre o artigo 12, da Lei nº 6.368/76, e o artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, evidencia a exasperação das penas corporais, antes estabelecida em 03 (três) a 15 (quinze) anos e agora, na lei nova, fixada com parâmetros entre 05 (cinco) e 15 (quinze) anos.

A pena pecuniária, da mesma forma, outrora apontada entre 50 (cinquenta) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, ora encontra-se indicada no patamar de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

Paralelamente aos rigores introduzidos pela nova lei, que não são apenas esses, mas que, aqui, a minuciosa análise de cada uma dessas hipóteses seria impertinente, a Lei nº 11.343/06 também traz modificações que se apresentam de forma mais benéfica frente à lei anterior, a medida que conferem ao magistrado maior amplitude na consideração da causa especial de diminuição de pena, constante do § 4º, do seu art. 33, bem como nas causas especiais de aumento de pena previstas nos diversos incisos do seu art. 40.

Na hipótese do § 4º, do artigo 33, atenta exclusivamente à matéria que ora é de interesse, não obstante o maior rigor da pena mínima estabelecida no **caput** do dispositivo, o § 4º oferece a possibilidade de redução da pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Esse benefício, no entender de Luiz Flávio Gomes[1], não *"está na órbita discricionária do juiz"* e *"preenchidos os requisitos, o juiz não só pode, como deve, reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada ao quantum"*.

No que diz respeito à causa especial de aumento de pena prevista no artigo 40, cujo patamar mínimo na lei anterior, para casos idênticos ou similares, era de 1/3 (um terço), agora foi fixado em 1/6 (um sexto).

A discussão que se trava, neste momento, diz respeito à retroatividade desses específicos aspectos da lei nova aos delitos praticados na vigência da lei anterior.

E mais ainda, sendo evidente a vontade do legislador que, no mesmo dispositivo estabelece uma pena mínima mais elevada (art. 33, **caput**) de 05 (cinco) anos de reclusão, prever, em seu § 4º, uma causa especial de diminuição da pena (de 1/6 a 2/3) para o réu que apresente condições específicas, poderia tal causa de diminuição ser empregada retroativamente em casos onde a pena mínima vigente não era tão severa (03 anos)?

E quanto ao **caput** do artigo 40, na mesma linha, poderia retroagir tal causa especial de aumento de pena em patamar mínimo de 1/6, portanto, inferior ao aplicado na vigência e moldes da lei anterior, onde a fixação da pena mínima, como já visto, teve marco inicial de 03 (três) anos?

Acrescente-se que a lei revogada previa uma causa de aumento quando a associação não fosse estável, ou seja, mero concurso de agentes. A lei nova aboliu essa majorante. Tal revogação aplica-se retroativamente?

Entendo que sim.

O inciso XL, do art. 5º, da Constituição Federal, estabelece que **"a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"**.

O artigo 2º e parágrafo único do Código Penal, em harmonia com o dispositivo constitucional correspondente, rezam:

"Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado."



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

De autoria de Guilherme de Souza Nucci[2], peço vênha para fazer os seguintes destaques de interesse:

"CONCEITO E APLICAÇÃO DA EXTRATIVIDADE DA LEI PENAL:

A regra geral em direito é a aplicação da lei vigente à época dos fatos (*tempus regit actum*).

A exceção é a extratividade, ou seja, a possibilidade de aplicação de uma lei a fatos ocorridos fora do âmbito de sua vigência.

O fenômeno da extratividade, no campo penal, realiza-se em dois ângulos:

a) retroatividade: é a aplicação de uma lei penal benéfica a um fato acontecido antes do período da sua vigência (art. 5º, XL, CF);

b) ultratatividade: é a aplicação de uma lei penal benéfica, já revogada, a um fato ocorrido depois do período da sua vigência.

O Código Penal brasileiro, no art. 2º, faz referência somente à retroatividade, porque está analisando a aplicação da lei penal sob o ponto de vista da data do fato criminoso.

Assim, ou se aplica o princípio-regra (*tempus regit actum*), se for o mais benéfico, ou se aplica a lei penal posterior, se for a mais benigna. (...)

"A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica - sob cuja égide foi praticado o fato delituoso - deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente. (...)

A cláusula constitucional inscrita no art. 5º, XL, da Carta Política - que confere ultratividade a estatutos penais mais benignos e que também assegura retroatividade às leis penais benéficas supervenientes - incide sobre as normas de direito penal material que, no plano do reconhecimento das causas extintivas da punibilidade (hipótese que se registra no caso ora em exame), ou no da tipificação, ou no da definição das penas aplicáveis, ou ainda no da disciplinação do seu modo de execução, agravem a situação jurídico-penal do indiciado, do réu ou do condenado, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal (Ag. 177.313-MG (AgRg) (EDecl), Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 140/514, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 151/525, Rel. Min. Moreira Alves, v.g.), refletindo, em seu magistério, uma diretriz jurisprudencial que tem prevalecido, invariavelmente, no âmbito dos Tribunais da República (RT 467/313, RT 725/526, RT 726/518, RT 726/523, RT 731/666):
'Ultratividade - Aplicação do princípio *tempus regit actum* (...).

No conflito entre as leis penais no tempo, é sempre relevante averiguar qual a que se mostra mais favorável ao condenado. Por ela deverá se inclinar o magistrado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

É de boa técnica dizer que, às vezes, a lei antiga apresenta *ultratividade*.

Se for mais favorável, prevalecerá ao tempo da vigência da lei nova, apesar de já estar revogada.' (RT 605/314, Rel. Juiz Celso Limongi, TACRIM/SP - grifei)" (STF, HC 79.951-MG, Rel. Min. Celso de Mello, Medida Liminar, DJ 11.02.2000, p. 38). E mais: "Embora revogado o art. 14 da Lei 8.137/90, pelo art. 98 da Lei 8.383/91, aplica-se a lei que vigia à data do fato.

O pagamento do débito antes do oferecimento da denúncia é causa extintiva da punibilidade. *Ultratividade da norma benéfica*" (TRF, 2ª Região, RT 732/745, destaque nosso; ver, também, RT 725/526).

Em síntese: a retroatividade volta-se ao passado, enquanto a ultratividade projeta-se ao futuro. O surgimento de uma lei benéfica ao réu denomina-se *novatio legis in melius*; o aparecimento de uma lei prejudicial ao acusado chama-se *novatio legis in pejus*.

(...)

COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS:

Trata-se de tema polêmico, pois nem sempre é possível saber, com exatidão, qual é a lei penal mais benéfica, mormente quando várias são aplicáveis ao mesmo caso. Poderia o juiz combinar as leis penais, extraíndo a posição mais benigna ao réu? Defendendo a possibilidade de combinação, pois é apenas um processo de integração da lei penal, visando a aplicação do preceito "que de qualquer modo favorecer", estão Frederico Marques, Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Julio Fabbrini Mirabete, Damásio de Jesus, Celso Delmanto, Nereu José Giacomolli, entre outros.

Contrários à tese, pois significaria permitir ao juiz legislar, criando uma outra lei, não prevista pelo legislador, encontram-se Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, José Henrique Pierangeli, dentre outros.

Ao se adotar a segunda posição, surge nova indagação: quem escolhe a lei mais favorável, o réu ou o juiz?

Mais duas posições emergem:

o réu, porque é ele quem vai cumprir a sanção penal;

o juiz, porque ele é o órgão encarregado pelo Estado para aplicar a lei, sem ter que consultar a parte.

De nossa parte, preferimos atualmente a posição intermediária, apontada por Jiménez de Asúa, baseando-se em Von Liszt, ao lecionar que a fórmula mais exata leva o juiz a fazer uma aplicação mental das duas leis que conflitam - a nova e a antiga -, verificando, no caso concreto, qual terá o resultado mais favorável ao acusado, mas sem combiná-las, evitando-se a criação de uma terceira lei (Lecciones de Derecho Penal, p. 98-99).

É também a posição adotada por Claus Roxin (*Derecho*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

Penal - Parte general, t.I, p. 167-168).

E, na impossibilidade de combinar as leis, cremos ser da competência do juiz a escolha de qual norma é a mais favorável, pois cabe ao Estado e não ao particular aplicar a lei ao caso concreto. Se o réu não concordar, pode recorrer da decisão.

Deve-se ressaltar que o direito em jogo é indisponível, de modo que não cabe ao indivíduo optar por algo que considere, a seu modo, ser mais favorável. Em matéria de precedentes jurisprudenciais, tivemos recentemente a edição da Lei 9.271/96, que alterou o art. 366 do CPP, determinando a suspensão do processo quando o réu fosse citado por edital, ao mesmo tempo em que estaria suspensa, também, a prescrição. Houve tentativa da parte de alguns juizes de combinar as leis, suspendendo o processo de imediato, mas não a prescrição. Essa possibilidade foi vetada pelos tribunais pátrios, em corrente majoritária:

"É inadmissível a aplicação parcial do mencionado diploma legal, com incidência apenas do preceito pertinente à suspensão do processo, afastando o comando relativo à suspensão do prazo prescricional." (STJ, RESP 184.820/SP, 6ª T., Relator Vicente Leal, 11.05.1999, v.u., DJ 31.05.1999, p. 194).

No mesmo prisma: RMS 10.595/GO, 5ª T., Rel. Felix Fischer, 11.05.1999, v.u., DJ 21.06.1999, p. 179; RESP 202.546/SP, 5ª T., Rel. José Arnaldo da Fonseca, 20.05.1999, v.u., DJ 21.06.1999, p. 196; RHC 9.004-MG, 6ª T., Rel. Vicente Leal, 26.10.1999, v.u., DJ 29.11.1999, p. 204)."

Sobre o mesmo tema, Celso Delmanto[3] assim preleciona:

"A redação do parágrafo único deixa incontestável que a retroatividade benéfica não sofre limitação alguma e alcança sua completa extensão, sem dependência do trânsito em julgado da condenação. Basta, apenas, que a lei posterior favoreça o agente de qualquer modo, para retroagir em seu benefício. (...)

Tratando-se, porém, de norma penal, ela é submetida à regra da **irretroatividade da norma mais severa, e da retroatividade e ultratividade da lei mais favorável**. Por isso, pode acontecer o chamado **conflito de leis no tempo**: quando há sucessão de leis penais, torna-se necessário encontrar qual a norma que é aplicável ao fato; se aquela que vigia quando o crime foi praticado, ou a que entrou depois em vigor.

APURAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL:

Não basta a comparação, em abstrato, de duas leis penais, para descobrir-se qual é a mais benéfica. Elas devem ser comparadas em cada **caso concreto, apurando-se quais seriam os resultados e conseqüências da aplicação de uma e de outra. (...)**

COMBINAÇÃO DE LEIS:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

A doutrina tradicional, em sua maior parte, não admite a combinação de normas para favorecer o agente, acreditando que dessa integração resultaria uma terceira lei. Quanto ao novo art. 366 do CPP, com redação dada pela Lei nº 9.271/96, que institui a suspensão do processo e da prescrição para o acusado que, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido da irretroatividade por inteiro do referido dispositivo (...).

Com a devida vênia, entendemos que a combinação de leis para beneficiar o agente é possível, devendo, no caso do art. 366 do CPP, ser aplicada retroativamente a suspensão do processo; quanto a suspensão da prescrição, ela é inviável, por força do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Estando o juiz obrigado a aplicar a lei que mais favoreça, de qualquer modo, o agente, e podendo escolher entre uma norma e outra, não há razão para impedir-se a combinação das duas, como forma de integração necessária à obrigatória aplicação da lei mais favorável.

A combinação vem sendo aceita para beneficiar o réu, compondo-se, por exemplo, a pena privativa de uma lei com a pena pecuniária de outra (TACrSP, Julgados 88/273, 85/332, 84/347; RT 533/366, 515/360, 509/393). Contra: Os princípios da ultra e da retroatividade da lex mitior não autorizam a combinação de duas normas para se extrair uma terceira mais benéfica (STF, HC 68.416, DJU 30.10.92, p. 19515; RTJ 96/561). Quanto ao novo art. 366 do CPP, com redação dada pela Lei nº 9.271/96, que instituiu a suspensão do processo e da prescrição para o acusado que, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido da irretroatividade por inteiro do referido dispositivo (STJ, RHC 11.088-SP, DJU 20.8.01, p. 493; ROMS 8.869-SP, DJU 5.2.01, p. 126; RHC 9.757-MA, DJU 23.10.00, p. 187. RESP 220.629-SP, DJU 2.10.00, p. 188; RESP 208.385-SP, DJU 14.8.00, p. 190).

dispositivo análogo O saudoso mestre Nelson Hungria[4], comentando do Código Penal de 1940, assim preleciona:

"... No caso de sucessão de leis penais, pode acontecer que a lei posterior:

a) seja menos favorável que a anterior, quer incriminando ex novo um fato (*novatio criminis*), quer agravando, de qualquer modo, a punibilidade; ou

b) seja, ao contrário, mais favorável que a anterior, ou porque elimine uma incriminação (*abolitio criminis*), ou porque, de qualquer modo, beneficie o réu.

No primeiro caso, a lei posterior é irretroativa; no segundo, ao revés, *habet oculos retro*. Assim, no direito penal transitório, a lei mais favorável é extra-ativa: quando é a lei anterior, sobrevive à sua revogação (ultra-atividade); quando é a posterior, projeta-se no passado (retroatividade), em contraste com o *janus in legibus non placet* ou o *tempus regit actum*. Em sentido inverso, a lei menos favorável não dispõe de qualquer



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

extra-atividade: nem faz marcha-à-ré (quando é a posterior), nem persiste (quando é a anterior) no seu *plus* de gravidade, mesmo em relação aos *facta proeterita*.

A irretroatividade da lei penal menos favorável é um corolário do *nullum crimen, nulla poena sine lege*:

O interesse da tutela social não pode jamais autorizar "emboscadas" à liberdade jurídica do indivíduo, isto é, que o Estado ultrapasse os limites que, com a lei do *tempus patrati delicti*, solenemente traçou à reação penal.

Ao criminoso não pode ser imposta uma pena que lhe era desconhecida ao tempo do crime. Colidiria isto, aliás, com o *moneat priusquam feriat*, ou seja, com a própria função preventiva ou intimidante, que, segundo o critério do direito positivo (precisamente quando exige a anterioridade da lei penal), realiza um dos fins da pena; pois é de presumir que, se esta já tivesse, ao tempo do crime, o rigor que só veio a assumir depois, o agente se teria absterido de violar a lei.

Argumenta-se que, a falar-se em direito adquirido do criminoso, ter-se-ia igualmente de reconhecer ao Estado, no caso inverso de maior benignidade da lei posterior, direito adquirido de impor a pena cominada ao tempo do crime, de modo que, logicamente, estaria excluída a retroatividade da *lex mitior*. Ora, o direito, sob pena de incorrer na *summa injuria*, não pode ser construído com critérios de pura lógica abstrata. Para a não ultra-atividade da *lex gravior* (que é o lado avesso da retroatividade da *lex mitior*), há uma irrecusável razão de justiça: se a lei nova, afeiçoando-se a uma mudança da consciência jurídica geral ou a uma nova "concepção jurídica" (*opinio juris*, ponto de vista ético-jurídico-social) em torno de determinado fato, suprime sua incriminação ou atenua sua punição, a eficácia póstuma da lei antiga redundaria numa opressão iníqua e inútil.(...)

A legislação penal contemporânea continua fiel aos dois princípios - o da irretroatividade *in pejus* e o da retroatividade *in mellius*. Na Rússia soviética, entretanto, a lei penal é sempre retroativa (seja ou não mais benigna), conforme se vê da Lei de Introdução do seu atual Código Penal, e na Alemanha nazista permitia-se recuada à *lex gravior* (como aconteceu à famosa lei chamada *van der Lubbe*, de 22 de março de 1933, e à relativa aos assaltos de automóveis para fins de roubo, de 22 de junho de 1938) (...)

LEI NOVA MAIS FAVORÁVEL

A lei posterior apresenta-se mais favorável que a lei anterior, para o efeito de retroatividade[5], não só quando elimina a incriminação de um fato, como quando, de qualquer modo, beneficia o réu. Pode isto ocorrer, notadamente, quando:

a) a pena cominada atualmente ao crime é mais branda,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

quanto à sua natureza, que a da lei anterior;

b) a pena atual, embora da mesma natureza, é menos rigorosa quanto ao modo de execução;

c) o *quantum* da pena *in abstracto* é reduzido ou, mantido esse *quantum*, o critério de sua medida *in concreto* é menos rígido que o da lei anterior;

d) são reconhecidas circunstâncias que influem favoravelmente na gradação ou medida da pena (atenuantes, causas de especial diminuição de pena ou condições de menor punibilidade), alheias à lei anterior, ou suprime agravantes ou majorantes (qualificativas, causas de especial aumento de pena ou condições de maior punibilidade);

e) institui *benefícios* (no sentido da eliminação, suspensão *ab initio* ou interrupção da execução da pena) desconhecidos da lei pretérita, ou facilita sua obtenção;

f) cria causas extintivas de punibilidade ou torna mais fácil o seu advento;

g) estabelece condições de processabilidade que a lei anterior não exigia;

h) acresce as causas de irresponsabilidade penal, de isenção de pena, de exclusão de crime ou de culpabilidade;

i) exclui ou atenua penas acessórias;

j) suprime a concessibilidade de extradição.

Examinaremos cada um desses casos, de per si; mas, preliminarmente, cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis.

Há casos em que é intuitiva a maior benignidade da lei nova (abolitio criminis, mera redução simultânea do *minimum* e *maximum* da pena cominados *in abstracto*, exclusão de responsabilidade, simples abreviação de prazo prescricional, etc). Outros há, porém, em que a verificação do *minus* de rigor somente pode ser reconhecido após o exame do complexo dos dispositivos (especiais e gerais) da lei nova, em confronto com os da lei anterior. Tem-se de apurar o resultado da aplicação hipotética dos critérios do novo sistema jurídico e cotejá-lo com o alcançado ou alcançável, no mesmo caso, dentro do sistema antigo. As duas leis devem ser consideradas *incindíveis* em si mesmas e *distintamente*, em relação ao caso de *quo agitur*.

(...)

A lei posterior pode não alterar a pena cominada *in abstracto* pela lei anterior, mas admitir, *ex novo*, *atenuantes* ou *minorantes*, ou eliminar *agravantes* ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

majorantes. Sua maior benignidade, em tais casos, não padece dúvida. Pode ocorrer que a lei nova deixe de reconhecer tal ou qual circunstância como agravante genérica, mas tomá-la em consideração como agravante especial ou qualificativa de determinado crime. Assim, o Código atual deixou de incluir o "ajuste" na casuística do seu art. 44, mas torna qualificado, por exemplo, o furto, quando cometido com o concurso e presença de duas ou mais pessoas conluiadas. Suponha-se que um réu tenha sido condenado no grau máximo da pena cominada a esse crime pelo Código de 90, porque, na ausência de atenuantes, haja ocorrido o "ajuste". Perante o Código vigente, influenciando tal circunstância (seguida da efetiva presença dos co-réus no local do crime) na qualificação do crime, e não na graduação da pena, podia ser quantitativamente menor a pena aplicável *in concreto*; de modo que, em tal hipótese, se impõe a retroatividade para o fim de reajustamento da pena..."

Resta, pois, a análise da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, que aponta a redução da pena no patamar de um sexto a dois terços, desde que o agente: (I) seja primário (não reincidente); (II) de bons antecedentes; (III) não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional[6]). Tais requisitos "são subjetivos e cumulativos", isto é, faltando um deles, inviável a benesse legal.

Luiz Flávio Gomes[7] ao comentar a retroatividade da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, afirma, categoricamente, a sua ocorrência, **verbis**:

"Tratando-se de inovação benéfica para o réu, deve retroagir para alcançar os fatos pretéritos, ainda que em fase de execução (art. 2º, parágrafo único, do CP)."

Quanto à retroatividade do patamar mínimo de 1/6 da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 40, quando a lei anterior o fixava em 1/3, pelas mesmas razões expostas, meu entendimento é pela retroatividade.

Da mesma forma, o meu entendimento também é pela retroatividade da revogação, pela lei nova, da majorante de concurso de agentes e a retroatividade dessa inovação.

Nessa linha, Luiz Flávio Gomes[8]:

"A lei revogada previa uma causa de aumento quando a associação fosse eventual (sem estabilidade), é dizer, mero concurso de agentes. A atual aboliu essa majorante, mudança que deve retroagir em benefício do agente, alcançando fatos pretéritos, ainda que acobertados pelo manto da coisa julgada (art. 2º do CP)."

Passo, assim, à dosimetria da pena com foco na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

retroatividade dos dispositivos aplicáveis da Lei nº 11.343/2006.

Quanto à pena-base do art. 12, **caput**, da Lei nº 6.368/76, fixada no mínimo legal, entendo que poderia ter sido sensivelmente exasperada, eis que a quantidade de droga encontrada em poder do apelante, mais de dezessete quilos de maconha, é considerável e apta a embasar o aumento bem acima do mínimo previsto em lei.

Todavia, ante a não existência de recurso ministerial, impossível à essa instância agravar a situação do réu, sob a inteligência do princípio da **ne reformatio in pejus**, razão pela qual mantenho a pena-base no mínimo legal.

Milita em favor da apelante o reconhecimento da atenuante genérica da confissão (art. 65, III, "d", do CP). Ocorre que nos termos da súmula 231 do STJ, não pode ser aplicada porque que a pena está fixada no mínimo legal.

Na terceira fase da dosimetria, com acerto, o juízo de primeiro grau deixou de impor o reconhecimento do tráfico com o exterior porque, à toda evidência, sobejam dúvidas em favor do apelante acerca do comércio envolvendo o exterior.

Passando ao § 4º, do artigo 33 do novel diploma, observo que o réu não obstante ser primário e de bons antecedentes (fls. 141 e 203), transportou cerca de 17.966g (dezessete mil novecentos e sessenta e seis gramas) de *cannabis sativa* o que, no entender desta Colenda Turma, afasta, por si só, a presunção de o mesmo não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. Assim, inviável a aplicação do § 4º, do artigo 33.

Mantenho, assim, a pena privativa de liberdade fixada na sentença, já fixada a menor do que o cabível, diante da grande quantidade de entorpecente.

Quanto à pena de multa, cabem algumas observações. Impende salientar que a referida Lei Extravagante traz em seu bojo considerável aumento da pena pecuniária, vale dizer, dos anteriores 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, elevou o legislador para um mínimo de 500 (quinhentos) até o máximo de 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Por certo, indiscutível a inaplicabilidade dos novos parâmetros acima expostos, em razão da **novatio legis in pejus**, sobre o qual estaria o réu sujeito. Em atenção a tal premissa, a análise da pena de multa partirá exclusivamente dos padrões utilizados na sentença.

Ademais, quanto ao número de dias-multa não há como proceder reparos no **decisum**, eis que fixado em 30 (trinta) dias-multa e, conforme exposto, ao segundo grau não é autorizado agravar a situação do réu, ante a ausência de irresignação ministerial.

Quanto ao valor de cada dia-multa, o **decisum** merece reforma porquanto fixado em 2/30 (dois trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Observo, pois, não existirem mínimas referências à situação econômica financeira do réu nos autos que autorizem a fixação do dia-multa acima do mínimo legal.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, único ponto de insurgência da defesa do apelante, merece reforma neste ponto a sentença.

O Plenário do Pretório Excelso, quando do julgamento do HC nº 82.959, decidiu pela inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, que determinava o cumprimento da pena privativa de liberdade dos crimes hediondos e assemelhados, no regime integralmente fechado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

Visando o atendimento do corolário da individualização da pena, com vistas no teor decidido pelo STF, acompanhado pela edição da Lei nº 11.464/07, não há se falar em vedação à progressão de regime, devendo, no entanto, o início do cumprimento da pena corporal ser no regime fechado, dada a natureza e a quantidade da droga traficada. Ademais, as condições e requisitos para a mencionada progressão deverão ser analisados e sopesados no Juízo das Execuções, em primeiro grau.

Portanto, o regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade deve ser o fechado, nos termos do art. 33, § 1º, "a", do CP, em virtude de o transporte de considerável quantidade de maconha tratar-se de crime de especial gravidade, cujos efeitos imprimem extrema nocividade à toda coletividade e saúde pública, bem como não ter apresentado o réu qualquer prova idônea de residência ou ocupação no distrito da culpa.

Por fim, a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Todavia, na esteira do raciocínio sustentado, entendo que, não estão satisfeitos os requisitos legais exigidos pelo artigo 44, do CP.

Tocante a este particular, considero que a expressiva quantidade da droga (mais de dezessete quilos) obsta a concessão do benefício disposto no art. 44 e parágrafos, do Estatuto Repressivo.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso da defesa de Aparecido Lima Farias para afastar a vedação de progressão de regime, competindo a análise das condições ao Juízo das Execuções. Mantenho a pena corporal de 3 (três) anos de reclusão fixada na sentença, bem como a pena pecuniária no que diz respeito ao pagamento de 30 (trinta) dias multa, porém reduzo, de ofício, o valor unitário de cada dia multa para 1/30 avos do salário mínimo vigente à época dos fatos, nos termos do expendido.

É o voto.

CECILIA MELLO

DESEMBARGADORA FEDERAL RELATORA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

PROC. : 2006.61.07.003792-1 ACR 28205
ORIG. : 2 Vr ARACATUBA/SP
APTE : APARECIDO LIMA FARIAS reu preso
ADV : NELSON DIAS DOS SANTOS (Int.Pessoal)
APDO : Justica Publica
RELATOR : DES.FED. CECILIA MELLO / SEGUNDA TURMA

E M E N T A

PENAL: TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. LEI 6.368/76 E 11.343/06. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.OBJETO DE IRRESIGNAÇÃO RESTRITO AO DIREITO À PROGRESSÃO. RECURSO DA DEFESA PROVIDO. DOSIMETRIA DA PENA.AFASTADA A VEDAÇÃO DO DIREITO DE PROGEDIR.

I - No tocante à materialidade delitativa, restou comprovada de forma inequívoca, através do Laudo de Constatação preliminar, Auto de Exibição e Apreensão, posteriormente confirmado Exame Químico Toxicológico.

II - A corroborar a apreensão da droga em poder do réu, preso em flagrante delito ao transportar em uma pequena bolsa de **nylon** 17 (dezessete) tabletes de maconha, que totalizaram mais de dezessete quilos de **cannabis sativa**, a prova testemunhal é uníssona e existe nos autos a confissão do apelante.

III - Condenação mantida.

IV - Dosimetria da pena.

V - Quanto à pena-base do art. 12, **caput**, da Lei nº 6.368/76, fixada no mínimo legal, deveria ter sido sensivelmente exasperada, eis que a quantidade de droga encontrada em poder do apelante (mais de dezessete quilos de maconha), é considerável e apta a embasar o aumento bem acima do mínimo previsto em lei.

VI - A inexistência de recurso ministerial, obsta essa instância agravar a situação do réu, sob a inteligência do princípio da **ne reformatio in pejus**, razão pela qual mantida a pena-base no mínimo legal.

VII - Milita em favor do réu o reconhecimento da atenuante genérica da confissão (art. 65, III, "d", do CP), ora inaplicável nos termos da súmula 231 do STJ (pena fixada no mínimo legal).

VIII - Na terceira fase da dosimetria, acertadamente, o juízo de primeiro grau deixou de impor o reconhecimento do tráfico com o exterior porque, à toda evidência, sobejam dúvidas em favor do apelante acerca do comércio envolvendo o exterior.

IX - Em relação ao § 4º, do artigo 33 do novel diploma, não obstante o apelante ser primário e de bons antecedentes, transportou cerca de 17.966g (dezessete mil novecentos e sessenta e seis gramas) de **cannabis sativa** o que, no entender desta Colenda Turma, afasta, por si só, a presunção de o mesmo não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. Inviável a aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

X - Mantida a pena privativa de liberdade fixada na sentença.

XI - Quanto à pena de multa, a referida Lei Extravagante traz em seu bojo considerável aumento da pena pecuniária, vale dizer, dos anteriores 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, elevou o legislador para um mínimo de 500 (quinhentos) até o máximo de 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

XII - Indiscutível a inaplicabilidade dos novos parâmetros, em razão da **novatio legis in pejus**, sobre o qual estaria o réu sujeito.

XIII - Quanto ao número de dias-multa não há reparos no **decisum**, eis que fixado em 30 (trinta) dias-multa e ao segundo grau não é autorizado agravar a situação do réu, ante a ausência de irresignação ministerial.

XIV - Fixado o valor de cada dia-multa no mínimo legal pois, não existem mínimas referências à situação econômica financeira do réu nos autos que autorizem a fixação acima do mínimo.

XV - O Plenário do Pretório Excelso, quando do julgamento do HC nº 82.959, decidiu pela inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, que determinava o cumprimento da pena privativa de liberdade dos crimes hediondos e assemelhados, no regime



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

integralmente fechado.

XVI - Visando o atendimento do corolário da individualização da pena, com vistas no teor decidido pelo STF, acompanhado pela edição da Lei nº 11.464/07, não há se falar em vedação à progressão de regime, devendo, no entanto, o início do cumprimento da pena corporal ser no regime fechado, dada a natureza e a quantidade da droga traficada. Ademais, as condições e requisitos para a mencionada progressão deverão ser analisados e sopesados no Juízo das Execuções, em primeiro grau.

XVII - Mantido o regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade fechado, nos termos do art. 33, § 1º, "a", do CP, em virtude de o transporte de considerável quantidade de maconha tratar-se de crime de especial gravidade, cujos efeitos imprimem extrema nocividade à toda coletividade e saúde pública, bem como não ter apresentado o réu qualquer prova idônea de residência ou ocupação no distrito da culpa.

XVIII - A Lei nº 11.343/06 expressamente veda a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, todavia, não estão satisfeitos os requisitos legais exigidos pelo artigo 44, do CP.

XIX - A expressiva quantidade da droga (mais de dezessete quilos) obsta a concessão do benefício disposto no art. 44 e parágrafos, do Estatuto Repressivo.

XX - Recurso da defesa provido para afastar a vedação de progressão de regime, competindo a análise das condições ao Juízo das Execuções. Mantida a pena corporal de 3 (três) anos de reclusão, bem como a pena pecuniária no que diz respeito ao pagamento de 30 (trinta) dias multa. De ofício reduzido o valor unitário de cada dia multa para 1/30 avos do salário mínimo vigente à época dos fatos, nos termos do expendido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por votação unânime, dar provimento ao recurso da defesa de Aparecido Lima Farias para afastar a vedação de progressão de regime, competindo a análise das condições ao Juízo das Execuções, mantida a pena corporal de 3 (três) anos de reclusão, bem como a pena pecuniária de 30 (trinta) dias-multa, reduzido, de ofício, o valor unitário de cada dia-multa para 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, nos termos do voto da Senhora Desembargadora Federal Relatora, acompanhada pelo voto do Senhor Desembargador Federal Henrique Herkenhoff e pelo voto do Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos, este último pela conclusão, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de outubro de 2007. (data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO - RELATORA

[1] GOMES, Luiz Flávio, in 'Nova Lei de Drogas Comentada', Editora RT, 2006, pág. 165.

[2] Guilherme de Souza Nucci, in 'Código Penal Comentado', 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, págs. 58/60.

[3] Celso Delmanto, in 'Código Penal Comentado', 6ª edição, Editora Renovar, págs. 06/07.

[4] Nelson Hungria, in 'Comentários ao Código Penal' (Dec-Lei nº 2848, de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO

07.12.40) vol. I, Tomo I, Ed. Forense, RJ, 4ª ed., 1958, págs.

[5] Ao que opina RAGGI (ob. cit., pág. 61), a lei em período de *vacatio* não deixa de ser *lei posterior*, devendo, pois, ser aplicada desde logo, se mais favorável ao réu. É bem de ver, porém, que quando se fala em *lei posterior*, se entende a lei que passou a *vigorar* em substituição a outra.

[6] Cf. Luiz Flávio Gomes, ob. cit., pág. 165.

[7] Luiz Flávio Gomes, ob. cit., pág. 165.

[8] Luiz Flávio Gomes, ob. cit., pág. 172.