

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 115.443 - SP (2008/0201863-6)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IVANILDA ANJO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. APLICAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. EXAME NA VIA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO ANTERIOR SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. DESCABIMENTO. CULPABILIDADE. DESFAVORABILIDADE. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO PARCIALMENTE.

1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

2. Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que, em respeito ao princípio da presunção de inocência, não podem ser considerados, para caracterização de maus antecedentes, de má personalidade ou de má conduta social condenação anterior sem certificação de trânsito em julgado.

3. Remanescendo uma circunstância judicial considerada negativamente - a culpabilidade - não há como aplicar a pena-base em seu mínimo.

ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*.
MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL. LEI NOVA EM
VIGOR À DATA DA APELAÇÃO. ANÁLISE DEVIDA.
CONHECIMENTO DO *WRIT* NESSE PONTO.

1. A impetração insurge-se também contra a não apreciação, pelo Tribunal de origem, da possibilidade, no caso, de incidência do redutor inserto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, que encontrava-se em vigor ao tempo do julgamento do apelo, possibilitando o conhecimento do *writ* nesse ponto.

COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei n. 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobre a pena-base cominada ao delito do art. 33 da Lei n. 11.343/06, permitindo-se, contudo, ao condenado, a escolha entre o regramento antigo e o atual.

2. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que, tratando-se a nova regra prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 de norma de caráter preponderantemente penal e, sendo mais benéfica, aplica-se imediata e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência, nos precisos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, independentemente da fase em que se encontrem, devendo a mitigação incidir sobre a sanção cominada na Lei 6.368/76. Precedentes da Sexta Turma do STJ e do STF.

3. Ordem parcialmente concedida para excluir da pena-base o aumento em razão dos maus antecedentes da paciente, ilegalmente considerados, restando a sanção definitiva em 3 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 52 dias-multa, e para determinar que o Tribunal de Justiça impetrado analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecê-la.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2009. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 115.443 - SP (2008/0201863-6)

IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IVANILDA ANJO DA SILVA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de IVANILDA ANJO DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, julgando a Apelação Criminal n. 1.018.023.3/4, deu provimento ao recurso ministerial para condenar a paciente ao cumprimento de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 55 dias-multa, por violação ao art. 12 da Lei 6.368/76.

Argumenta a impetrante que a pena-base não poderia ter sido fixada acima do mínimo com fundamento em condenação anterior da paciente sem indicação do trânsito em julgado.

Sustenta, outrossim, que a paciente é primária e não há qualquer elemento nos autos indicando seu envolvimento em organização criminosa, pelo que merecia ser aplicado em seu favor o previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, vigente ao tempo do julgamento da apelação.

Requer, assim, seja anulado o acórdão combatido.

Estando os autos devidamente instruídos, dispensou-se a solicitação de informações à autoridade impetrada.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 115.443 - SP (2008/0201863-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre esclarecer que *"este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu"*, sendo inclusive orientação pacificada que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu"* (HC n. 77.964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 21-2-2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

E, dos elementos que instruem os autos, infere-se que a paciente foi denunciada por violação ao art. 12 da Lei 6.368/76 porque, em 12-1-2006, foi flagrada trazendo consigo 23 invólucros contendo cocaína, no peso total de 4,2 gramas, que o órgão ministerial imputou seriam destinados ao comércio ilícito, tendo, contudo, sua conduta sido desclassificada para a do art. 16 da Lei 6.368/76, impondo-se-lhe a reprimenda de 9 meses de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 30 dias-multa.

Irresignado, o Ministério Público apelou, pugnando a condenação da paciente nos exatos termos da denúncia, tendo o reclamo sido provido.

A dosimetria da pena imposta à paciente em segunda instância está assim justificada:

No que concerne ao quantum da pena, sua base é fixada à vista dos maus antecedentes da ré, anteriormente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenada pelo crime tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/76 (fls. 80), e da ausência de arrependimento, não existindo sequer a admissão do erro. Diante de tais fatores, fixa-se a pena-base em 3 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 55 dias-multa. Não há causas de aumento ou diminuição da pena, tampouco circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas. (fls. 270

Constata-se que a sanção básica foi elevada porquanto foram tidas como desfavoráveis à paciente seus antecedentes criminais e a circunstância de não ter se arrependido de ter agido em desconformidade com as normas legais, não admitindo o erro cometido, o que se entendeu, ao que parece, ser agravador de sua culpabilidade. E assim a pena-base foi estipulada 6 meses acima do mínimo legalmente previsto.

Razão assiste à impetrante quando aponta que o registro criminal existente em desfavor da paciente não poderia ser utilizado para fins de elevação da pena-base, porquanto nele não há certificação do trânsito em julgado da condenação anterior, constando na referida certidão, ainda, que havia recurso de apelação, interposto pelo órgão ministerial, sem informação de julgamento (fls. 80 dos autos principais - aqui, fls. 7).

Segundo orientação sedimentada nesta Corte Superior, tal registro não poderia ser tido como Maus Antecedentes, má conduta social ou má personalidade, em obediência ao princípio da presunção de inocência, constitucionalmente albergado, haja vista a ausência de indicação de trânsito em julgado para as partes da condenação anterior.

Nesse sentido, confirmam-se:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES COM BASE EM PROCESSOS INSTAURADOS SEM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. EQUIVOCADOS ANTECEDENTES TAMBÉM CONSIDERADOS COMO MÁ CONDUTA SOCIAL E MÁ PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NO QUE SE REFERE À PROPORÇÃO TOMADA NO AUMENTO DE PENA PELO CONCURSO FORMAL. ORDEM CONCEDIDA.

"1 - As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder.

"2 - Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem Maus Antecedentes, má conduta social nem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.

"3 - O legislador fixou limite mínimo e máximo para o aumento pelo concurso formal, logo, a sua escolha exige motivação.

"4 - Ordem concedida para anular parcialmente a decisão, no que se refere a dosimetria da punição" (HC n. 90.630/DF, rel. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Quinta Turma, j. em 25-10-2007 - grifamos).

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, INCISO I, DA LEI N. 8.137/90. VIOLAÇÃO AO ART. 619, DO CPP. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DOSIMETRIA DA PENA-BASE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA. ATENUANTE DO ART. 65, III, 'D', DO CP. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO. FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA. CRITÉRIO BIFÁSICO. QUANTUM DO DIA-MULTA. PROPORCIONALIDADE COM A PENA-BASE. INOCORRÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO.

"[...].

"III - No caso em tela, a culpabilidade, da maneira como posta (culpabilidade acima da média em razão do comportamento corriqueiro de não recolhimento de tributos federais), não poderia haver sido valorada como circunstância judicial negativa, seja em razão da ocorrência de bis in idem (já que a freqüência da ausência de recolhimento de tributos embasou o reconhecimento da continuidade delitiva - art. 71, do CP, não podendo, assim, fundamentar, também, a exacerbação da pena-base, uma vez que o fato de origem é mesmo), seja porque, fazendo um paralelo, **esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que inquéritos e processos em andamento não configuram Maus antecedentes, sendo inadequada sua valoração em sede de conduta social ou culpabilidade (logo, com maior razão, tal fato não poderia justificar o aumento da pena-base, a não ser se já devidamente apurado, com condenação transitada em julgado e não sendo hipótese de reincidência, caso em que a valoração se daria na segunda etapa da dosimetria da pena).**

"[...].

"Recurso parcialmente provido" (REsp n. 897.876/RS, rel. Min. FELIX FISHER, Quinta Turma, j. 12-6-2007 - grifamos).

Assim, de excluir o aumento de pena em razão da referida anotação criminal, ilegalmente considerada.

Inviável, entretanto, fixar a sanção básica em seu mínimo, diante da consideração desfavorável da culpabilidade da agente, devidamente justificada pela Corte originária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Impõe-se, assim, estipular a pena-base em 3 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 52 dias-multa, que nestes termos resta definitiva ante a ausência de outras causas modificativas.

No que toca ao pretendido reconhecimento da incidência do previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, infere-se que, na data do julgamento do apelo em questão a Lei n. 11.343/06 já se encontrava em vigor, contudo, o Tribunal impetrado não se manifestou sobre a sua aplicabilidade ou não na hipótese.

Desta forma, e não obstante o enunciado na Súmula n. 611 do Supremo Tribunal Federal, que dita que: *"Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna"*, constata-se que a impetração insurge-se também contra a não apreciação, pelo Tribunal de origem, sobre a possibilidade, no caso, de incidência do redutor inserto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, que, como visto, encontrava-se em vigor ao tempo do julgamento do apelo ministerial, aliás, como expressamente reconhecido no item VI do acórdão.

A situação seria diferente se, ao tempo do julgamento do recurso da acusação não houvesse sido editada ou entrado em vigor a novel legislação, caso em que se aplicaria o previsto na Súmula n. 611 do STF.

Assim, merece conhecido o pleito mandamental também nesse ponto.

No mérito quanto a essa questão, inicialmente, ressalvo meu posicionamento no sentido da possibilidade de aplicação dos ditames mais benéficos da nova Lei de Tóxicos aos fatos cometidos anteriormente à sua vigência, mesmo quando já transitada em julgado a sentença condenatória, à luz do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, constitucionalmente previsto (art. 5º, XL, da CF), e em observância ao que dispõe o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, assim redigido: *"A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado"*.

Prevê o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06:

"§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, 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"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa".

O crime definido no *caput* do art. 33 da nova legislação de tóxicos, é praticamente o mesmo pelo qual foi condenado a paciente - art. 12 da Lei n. 6.368/76 -, modificando o legislador tão-somente as penas mínima e máxima cominadas abstratamente para o delito, que foram elevadas para 5 e 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

Evidente, destarte, que a nova causa de especial diminuição da reprimenda seria perfeitamente aplicável ao caso em exame, posto que se trata de norma de caráter preponderantemente penal, e, sendo mais benéfica, incide imediata e retroativamente aos crimes cometidos anteriormente a sua vigência, independentemente da fase em que se encontrem, inclusive com sentença transitada em julgado, já em sede de execução.

Nesse vértice é a lição de FERNANDO CAPEZ, ao comentar as hipóteses de aplicação de lei posterior, consoante o disposto no art. 2º e seu parágrafo único, do Código Penal, e no art. 5º, XL, da Carta Magna:

"b) 'Novatio legis in melius': é a lei posterior (novatio legis) que, de qualquer modo, traz um benefício para o agente no caso concreto (in melius). A lex mitior (lei melhor) é a lei mais benéfica, seja anterior ou posterior ao fato. Quanto posterior, recebe o nome indicado neste item, significando nova lei em benefício do agente. Tanto na hipótese da abolitio criminis quanto na da alteração in melius, a norma penal retroage e aplica-se imediatamente aos processos em julgamento, aos crimes cuja perseguição ainda não se iniciou e, também, aos casos já encerrados por decisão transitada em julgado. Qualquer direito adquirido do Estado com a satisfação do jus puniendi é atingido pela nova lei, por força do imperativo constitucional da retroatividade da lex mitior (art. 5º, XL)" (Curso de Direito Penal, Parte Geral, 10ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55).

A jurisprudência deste Superior Tribunal não diverge, leia-se:

"CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 18, INCISO III, DA LEI N.º 6.368/76. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 11.343/2006. ABOLITIO CRIMINIS. CAUSA DE AUMENTO AFASTADA DA CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NORMA DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM CONCEDIDA.

"1- A nova Lei de Tóxicos revogou expressamente a causa de aumento de pena anteriormente disposta no art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, consistente na associação eventual para o tráfico configurando, assim, *abolitio criminis*.

"2- A aplicação retroativa da *lex mitior* é imperativo constitucional (artigo 5º, XL da Constituição da República e art. 2º do Código Penal), devendo, portanto, ser afastada da condenação do acusado, a referida causa de aumento de pena.

"3- A Carta Magna não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna e o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, lei posterior de qualquer modo mais favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores.

"4- A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.

"5- Ordem concedida, para reformar a dosimetria da pena imposta ao paciente, excluindo de sua condenação a majorante do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, decorrente da associação eventual para o tráfico, e determinar, ainda, que seja analisada a possibilidade de redução da reprimenda de um sexto a dois terços, com base no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (HC n. 83.716/SP, rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Quinta Turma, j. em 6-9-2007 - grifamos).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NORMA DE DIREITO PENAL MATERIAL. RETROATIVIDADE.

"1 - Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente diante do transporte, por longa distância, de grande quantidade de substâncias entorpecentes - 276,5 kg de maconha e 123 esferas de haxixe -, com observância do art. 59 do Código Penal, inexistente constrangimento ilegal.

"2 - É de rigor a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, haja vista tratar-se de norma de direito penal material que beneficia o réu, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma lei, disposição prejudicial - vedação à substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos -, tendo em conta o previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

"3 - Ordem parcialmente concedida" (HC n. 88.114/MS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 12-11-2007).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA.

"1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

"2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6.368/1976 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/2006, não havendo óbice a essa solução por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

"3. Ordem concedida" (HC n. 82.587/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 6-5-2008).

Enfim, por ser a diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 norma penal posterior mais favorável, entendo que deveria incidir em favor daqueles condenados por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, e sobre a sanção cominada na antiga Lei Antitóxicos, vez que refuto a idéia de que o Juiz, ao aplicar princípio constitucionalmente previsto, que é o da retroatividade da lei nova mais benigna, estaria, no caso, criando uma terceira lei, sob pena de, assim considerando, negar vigência à preceito superior, contido na Constituição, e reproduzido na lei federal.

Aliás, no que concerne à aplicação das leis no tempo, tem-se que:

"[...].

"Quanto à conjugação, ou combinação, asseverava que pode ser efetuada não só a inclusão de um dispositivo da outra, como também com a combinação de partes de dispositivos da lei anterior e posterior, considerando o sentido da garantia constitucional, que deve sobrepairar a pruridos de lógica formal.

"A combinação de leis sempre foi alvo de discórdia da doutrina, porém, entre os favoráveis, destaca-se José Frederico Marques[8], a que, combatendo a corrente contrária, a qual argumenta que o Juiz estaria criando nova lei, ao realizar a combinação; aduz que a dogmática legal obriga a subordinação do papel preponderante do preceito constitucional.

"[...].

"Mas, o fato é que qualquer interpretação de norma e princípio segue o controle de submissão aos direitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentais e garantias, previstas no ápice do sistema jurídico, que é a própria Constituição Federal; daí porque não é legítimo dizer que na combinação de lei o Juiz está criando uma nova lei, ao contrário, apenas interpretando e resguardando a aplicabilidade dos princípios da retroatividade e individualização.

"[...]".

"Logo, a aplicabilidade da lex mitior pode ser analisada entre a combinação de leis, sob pena de afronta aos princípios constitucionais" (DUCCINI, Clarence Willians. Questões controvertidas da aplicabilidade da Lei n. 11.343/06. Disponível na página http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=864, acessado pela última vez em 17-4-07).

Mister destacar que a colenda Sexta Turma, julgando o Habeas Corpus n. 90.350/SP, em voto paradigma, decidiu que é possível a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, feita sobre a pena cominada na Lei 6.368/76, afastando ainda a hipótese de criação de uma terceira lei no caso, veja-se:

"CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA E CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PELO ABERTO, DESDE O INÍCIO.

"É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

"É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o crime de tráfico de drogas foi cometido na vigência da Lei 6368/76 e o apenado reúne os requisitos para sua obtenção.

"Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto" (HC n. 93.291/SP. rel. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJMG), j. em 25-3-2008).

Aliás, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, discutindo a questão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referente à combinação de leis no tempo relativamente ao tráfico de entorpecentes, corroborou o entendimento deste Relator, ao assentar, por maioria, que:

"[...] Centrava-se a questão em apurar o alcance do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, em face da nova Lei de Tóxicos, que introduziu causa de diminuição da pena para o delito de tráfico de entorpecentes, mas aumentou-lhe a pena mínima. Inicialmente, salientou-se a necessidade de se perquirir se seria lícita a incidência isolada da causa de diminuição de pena aos delitos cometidos sob a égide da lei anterior, tendo por base as penas então cominadas. Entendeu-se que aplicar a causa de diminuição não significa baralhar e confundir normas, uma vez que o juiz, ao assim proceder, não cria lei nova, mas apenas se movimenta dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Ademais, aduziu-se que se deveria observar a finalidade e a ratio do princípio, para dar correta resposta à questão, não havendo como se repudiar a aplicação da causa de diminuição também a situações anteriores. Nesse diapasão, enfatizou-se, também, que a vedação de junção de dispositivos de leis diversas é apenas produto de interpretação da doutrina e da jurisprudência, sem apoio direto em texto constitucional. [...]" (HC n. 95.435/RS, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluzo - j. em 21-10-2008 - Informativo n. 525).

Esta egrégia Quinta Turma, entretanto, vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei n. 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei n. 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena-base cominada ao delito do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS. PENA CONCRETIZADA EM 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CRIME DE TRÁFICO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA A ACUSADA OU SENTENCIADA. [...]. ORDEM CONCEDIDA.

"1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

"2. Embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal Brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a sua aplicação retroativa à aquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76, pois o Magistrado que assim procede está, em verdade, cindindo leis para criar uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída por via de interpretação.

"3. Na hipótese, o § 4o. faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.

"4. 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 que o intérprete da Lei possa extrair apenas 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 à acusada ou sentenciada.

"[...].

"9. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer a paciente, [...]" (HC n. 96.242/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. em 20-5-2008 - o grifo é nosso).

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. [...]. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CASO O APENADO SATISFAÇA OS REQUISITOS LEGAIS. CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVAMENTO DA PENA DE MULTA. OPÇÃO PELO APENADO.

"[...].

"2. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmutar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

"3. Encaixando-se a hipótese no disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos reduz-se para menos de 03 anos, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga. Já a pena de multa sofre um significativo aumento: passa de 50 para 166 dias-multa.

"4. Nesse contexto, não se pode dizer, a priori, se a aplicação da lei nova é ou não mais gravosa, tendo em vista a discrepância quanto ao valor dos bens jurídicos protegidos: liberdade e patrimônio, restando, desse modo, como ultima ratio, a possibilidade de escolha pelo condenado, que deverá optar entre o regramento antigo e o atual.

"5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de origem examine a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, fixando, se for o caso, o percentual de redução (de 1/6 a 2/3), o qual deverá incidir sobre o caput do mesmo artigo, facultando-se, contudo, a opção entre o regramento antigo e o atual" (HC n. 83.146/DF, rel. Ministra LAURITA VAZ, j. em 27-3-2008 - negritamos).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

"1. Considerações abstratas – como a busca do lucro sem esforço, a plena consciência da ilicitude, a prática de um crime que representa, hoje, um dos males da humanidade – não são suficientes para estipular a pena-base acima do mínimo legal.

"2. Praticado o delito em 5/11/04 – portanto, antes do advento das Leis 11.343/06 e 11.464/07 – e sendo a pena-base fixada no mínimo legal, o regime de cumprimento de pena deve ser o inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, possibilitando ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

"3. Pela interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, verifica-se que a nova tipificação das condutas, anteriormente definida no art. 12 da Lei 6.368/76, tem como preceito secundário um espectro de pena que varia de 20 (vinte) meses a 15 (quinze) anos de reclusão.

"4. Sendo mais benéfica ao réu, a norma penal deve retroagir à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal (novatio legis in mellius).

"5. Ordem concedida para reduzir a pena aplicada a 3 (três) anos de reclusão, estipular o regime aberto para o início do cumprimento da pena aplicada e possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, competindo ao Juízo das Execuções Criminais determinar as condições para a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetivação.

"Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Criminais analise se presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite da pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão" (HC n. 87.464/RS, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, j. em 13-12-2007 - grifamos).

Pelo exposto, encontrando-se a lei nova em questão em vigor à data do julgamento do apelo, seus ditames mais benéficos mereciam apreciados pelo órgão colegiado.

Diante de todo o exposto, concede-se parcialmente a ordem para excluir da pena-base o aumento em razão dos maus antecedentes da paciente, ilegalmente considerados, restando a sanção definitiva em 3 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 52 dias-multa, por infração ao art. 12 d Lei 6.368/76, e, acompanhando a orientação desta colenda Quinta Turma, determinar que o Tribunal de Justiça impetrado analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecê-la.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0201863-6

HC 115443 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10180233 912006

EM MESA

JULGADO: 15/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IVANILDA ANJO DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Napoleão Nunes Maia Filho. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília, 15 de dezembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário