



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 132.398 - SP (2009/0057089-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VICTOR JOSÉ BALTAZAR PERALTA
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR JOSÉ BALTAZAR PERALTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. LEI NOVA JÁ EM VIGOR AO TEMPO DA CONDENÇÃO. NULIDADE. REJEIÇÃO PELO TRIBUNAL ORIGINÁRIO. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA.

1. Evidente a nulidade parcial da sentença quando o Juízo singular deixa de se manifestar acerca da possibilidade de incidência, no caso, do redutor inserto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, que já se encontrava em vigor ao tempo da prolação da condenação.

2. 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 sobre a pena-base cominada ao delito do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

3. 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.

4. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, anular em parte a sentença condenatória, determinando que o Juízo da condenação analise a possibilidade de redução da pena do paciente 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-lo.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 132.398 - SP (2009/0057089-1)

IMPETRANTE : VICTOR JOSÉ BALTAZAR PERALTA
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR JOSÉ BALTAZAR PERALTA (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de VICTOR JOSÉ BALTAZAR PERALTA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por ordem deste Superior Tribunal de Justiça proferida no HC 112.458/SP, prosseguindo no julgamento de *writ* lá ajuizado, rejeitou a arguição de nulidade da sentença condenatória proferida no ponto em que deixou de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em favor do paciente, e, nessa extensão, denegou a ordem, mantendo a sentença que o condenou ao cumprimento de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 50 dias-multa, por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, negando-lhe o direito de recorrer solto.

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a sentença condenatória é nula, pois quando da sua prolação a Lei n. 11.343/06 já se encontrava em vigor, contudo, o togado singular não se pronunciou sobre a incidência do novel causa de especial diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da citada legislação, em flagrante ofensa ao sistema trifásico de aplicação da reprimenda, disposto no art. 68 do CP, salientando que o paciente faria jus à mitigação pretendida, eis que primário, sem antecedentes criminais, nada havendo a evidenciar que possua ligação com atividades ou organização criminosa.

Aduz que, com o prosseguimento no julgamento do *habeas corpus* originariamente aforado, inicialmente não conhecido, a Corte impugnada findou rejeitando a tese de nulidade do édito condenatório, perpetuando, assim, o constrangimento a que vem sendo submetido o paciente.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja reconhecida a nulidade da sentença condenatória e do acórdão que a confirmou no ponto em que deixou de se manifestar sobre o novel redutor, determinando-se que o Juízo singular



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posicione-se sobre a aplicabilidade ou não do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à espécie.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, *"para que se reconheça a nulidade tão-só em relação à fixação da pena"* (fls. 18).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 132.398 - SP (2009/0057089-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Dos elementos que instruem os autos em apenso - HC 112.458/SP - constata-se que o paciente foi condenado ao cumprimento de 5 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 50 dias-multa, por infração ao art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, nada falando o Juízo *a quo*, por ocasião da sentença, acerca da possibilidade de incidência, no caso, do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, já em vigor naquela data.

Inconformada, a defesa ingressou com *habeas corpus* perante a Corte originária, suscitando a nulidade do édito condenatório nesse ponto, bem como a falta de fundamentação da decisão na parte em que negou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, tendo o *mandamus* sido conhecido somente em relação a esta última argumentação, sendo, nessa extensão, denegada a ordem.

Contra tal aresto ingressou a defesa com remédio constitucional perante este Superior Tribunal de Justiça - HC 112.458/SP - julgado em 6-11-2008, o qual foi parcialmente conhecido e, nessa extensão, em parte deferido tão-somente para determinar que o Tribunal indicado como coator apreciasse o mérito do *mandamus* lá ajuizado em favor do paciente, no tocante à nulidade da sentença condenatória proferida, dada a omissão quanto à possibilidade de aplicação, ou não, do previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Prosseguindo no julgamento, a Corte impetrada assim se pronunciou quanto à questão:

Rejeita-se a arguição de nulidade.

Indevida a declaração de nulidade da r. sentença, uma vez que a referida lei expressa a faculdade da redução, não obriga a sua aplicabilidade, consoante se depreende de seu texto legal, [...].

Além disso, pretende o impetrante a aplicação da Teoria da Incindibilidade dos Institutos, ou seja, a comparação feita entre os subconjuntos das Leis ns. 6.368/76 e 11.343/06 relativas a cada matéria, cotejando-se, assim, somente o que lhe é mais favorável sobre determinado assunto de uma ou outra lei, criando um novo conjunto de normas mais favoráveis, resultante de uma síntese dos subconjuntos das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referidas normas.

No entanto, não se admite esse tipo de combinação no Direito Penal, porque isso representaria a criação de uma terceira lei. [...].

[...].

Desta feita, rejeita-se a arguição de nulidade, denegando-se a ordem. (fls. 115 e 116).

Percebe-se que, quando da prolação da sentença condenatória proferida em desfavor do paciente por violação ao art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76, já se encontrava em vigor a Lei 11.343/06 - nova Lei Antidrogas -, que trouxe, em seu bojo, ditames mais enérgicos, mas também alguns mais benéficos aos acusados e condenados pelo cometimento dos crimes contra a saúde pública nela previstos.

Entretanto, o Juízo singular não se manifestou sobre a possibilidade de incidência da nova causa de especial redução de pena disposta no § 4º da Lei 11.343/06 ao então condenado, ora paciente, acarretando-lhe evidente constrangimento ilegal, já que, como visto, o referido redutor já se encontrava em vigor ao tempo da sentença, devendo o Juízo singular, por isso, sobre ele se manifestar expressamente quando da dosimetria da pena, sob pena de ofensa ao art. 564, IV, do CPP.

A situação seria diferente se, ao tempo da prolação da sentença condenatória 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, com razão o impetrante quando aponta a nulidade da sentença nesse ponto.

No que toca à combinação de leis no tempo, considerada inviável pelo Tribunal impugnado, 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"§ 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 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 é perfeitamente aplicável ao caso em exame, posto que se trata de norma de caráter preponderantemente penal, e, sendo mais benéfica, aplica-se 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal.

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

"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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, discutindo a questão referente à combinação de leis no tempo relativamente ao tráfico de entorpecentes, por maioria assentou 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 melius).

"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 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).

Assim, razão assiste à impetrante, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, no ponto em que deixou o togado singular de apreciar a possibilidade de incidência do previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, já em vigor ao tempo da condenação, na espécie, tendo a Corte originária acrescido, ainda o argumento da inviabilidade de efetuar-se a denominada *"combinação de leis no tempo"*.

Pelo exposto, concede-se a ordem para, cassando o acórdão impugnado, anular a sentença condenatória em parte, e, não obstante os abalizados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, acompanhando a orientação desta colenda Quinta Turma, determinar que o Juízo da condenação analise a possibilidade de redução da pena do paciente 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-lo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0057089-1
MATÉRIA CRIMINAL
Número Origem: 993070293292

HC 132398 / SP

EM MESA

JULGADO: 23/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VICTOR JOSÉ BALTAZAR PERALTA
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR JOSÉ BALTAZAR PERALTA (PRESO)

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

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de março de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário