



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RE no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 102.289 - SP (2008/0059131-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JULIANO COSTA DA CRUZ
PACIENTE : JULIANO COSTA DA CRUZ
PACIENTE : JULIANO COSTA CRUZ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. APLICAÇÃO RETROATIVA DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (LEI N.º 11.343/2006). SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JULGAMENTO DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 543-B, DO CPC. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PREJUDICADO.

I - No julgamento do **RE n.º 596.152/SP (Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ Acórdão Min. Ayres Britto, DJe de 13/2/2012)**, **submetido ao regime da repercussão geral**, o e. **Supremo Tribunal Federal** reconheceu a possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006 aos condenados pela prática de tráfico de entorpecentes sob a égide da Lei n.º 6.368/1976.

II - **In casu**, o v. acórdão recorrido está em consonância com o entendimento manifestado pelo e. STF. Por conseguinte, em vista do que prescreve o art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, o recurso extraordinário deve ser declarado prejudicado.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Raul Araújo e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha.

Convocados os Srs. Ministros Raul Araújo e Sebastião Reis Júnior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 29 de agosto de 2012 (Data do Julgamento).

MINISTRO ARI PARGENDLER

Presidente

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RE no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 102.289 - SP (2008/0059131-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de decisão de fls. 201/203, e-STJ, que julgou prejudicado o recurso extraordinário anteriormente interposto, sob os seguintes termos:

"No julgamento do RE n.º 596.152/SP (Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ Acórdão Min. Ayres Britto, DJe de 13/2/2012), submetido ao regime da repercussão geral, o e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006 aos condenados pela prática de tráfico de entorpecentes sob a égide da Lei n.º 6.368/1976, nos termos da seguinte ementa:

'RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FIGURA DO PEQUENO TRAFICANTE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS PENAIS. APLICAÇÃO AOS CONDENADOS SOB A VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (INCISO XL DO ART. 5º DA CARTA MAGNA). MÁXIMA EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO. RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR. COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA. EMPATE NA VOTAÇÃO. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente 'generosa'.

2. Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma.

3. A discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos.

4. O que a Lei das Leis rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo.

5. A Constituição da República proclama é a retroatividade dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal temporalmente mais nova, se revele ainda mais benfazeja do que a norma igualmente penal até então vigente. Caso contrário, ou seja, se a norma penal mais nova consubstanciar política criminal de maior severidade, o que prospera é a vedação da retroatividade.

6. A retroatividade da lei penal mais benfazeja ganha clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico instituto. Isto na acepção de que, ali onde a norma penal mais antiga for também a mais benéfica, o que deve incidir é o fenômeno da ultra-atividade; ou seja, essa norma penal mais antiga decai da sua atividade eficaz, porquanto inoperante para reger casos futuros, mas adquire instantaneamente o atributo da ultra-atividade quanto aos fatos e pessoas por ela regidos ao tempo daquela sua originária atividade eficaz. Mas ali onde a norma penal mais nova se revelar mais favorável, o que toma corpo é o fenômeno da retroatividade do respectivo comando. Com o que ultra-atividade (da velha norma) e retroatividade (da regra mais recente) não podem ocupar o mesmo espaço de incidência. Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito.

7. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Carta Magna, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88).

8. O tipo penal ou delito em si do tráfico de entorpecentes já figurava no art. 12 da Lei 6.368/1976, de modo que o ineditismo regratório se deu tão-somente quanto à pena mínima de reclusão, que subiu de 3 (três) para 5 (cinco) anos. Afora pequenas alterações redacionais, tudo o mais se manteve substancialmente intacto.

9. No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retroincidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo: o art. 12 da Lei 6.368/1976, a incidir por ultra-atividade. O novidadeiro instituto da minorante, que, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

força mesma do seu ineditismo, não se contrapondo a nenhuma anterior regra penal, incide tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal.

10. Recurso extraordinário desprovido.' (Destaque nosso).

*In casu, o v. acórdão recorrido está em conformidade com o entendimento firmado pela e. Corte Suprema, razão pela qual **julgo prejudicado o recurso extraordinário**, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC.*

P. e I."

Aduz o **Parquet**, em suas razões, **in verbis**:

"A razão da interposição do presente agravo regimental centra-se, especificamente, no indeferimento indevido do apelo extremo interposto pelo Parquet, eis que não obstante a questão de fundo - concernente à eventual possibilidade de combinação das Leis nºs 6.368/76 e 11.343/2006 - tenha sido enfrentada pelo Plenário da Egrégia Suprema Corte no precedente indicado (RE nº 596.152/SP, j. em 26.5./2011), o tema efetivamente não se revestiu do caráter de definitividade, dadas as circunstâncias excepcionais que marcaram o julgamento do feito (empate na votação, proclamando-se a decisão mais favorável ao recorrido com base no art. 146, parágrafo único, do RISTF), inexistindo, por ora, qualquer conclusão terminativa que possa suplantar e, sobretudo, vincular as arguições de mérito abordadas no apelo extremo indevidamente obstado." (Fl. 211, e-STJ, sublinhado do original).

Requer, ao final, a reconsideração da decisão ou o provimento do agravo interno, a fim de admitir-se o apelo extremo e encaminhá-lo ao e. **Supremo Tribunal Federal**.

Por manter a decisão agravada, trago o feito à deliberação desta e. Corte Especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RE no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 102.289 - SP (2008/0059131-1)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. APLICAÇÃO RETROATIVA DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (LEI N.º 11.343/2006). SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JULGAMENTO DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 543-B, DO CPC. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PREJUDICADO.

I - No julgamento do **RE n.º 596.152/SP (Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ Acórdão Min. Ayres Britto, DJe de 13/2/2012)**, submetido ao regime da repercussão geral, o e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006 aos condenados pela prática de tráfico de entorpecentes sob a égide da Lei n.º 6.368/1976.

II - **In casu**, o v. acórdão recorrido está em consonância com o entendimento manifestado pelo e. STF. Por conseguinte, em vista do que prescreve o art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, o recurso extraordinário deve ser declarado prejudicado.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

De fato, no julgamento do **RE n.º 596.152/SP (Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ Acórdão Min. Ayres Britto, DJe de 13/2/2012)**, submetido ao regime da repercussão geral, o e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006 aos condenados pela prática de tráfico de entorpecentes sob a égide da Lei n.º 6.368/1976, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos da seguinte ementa:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FIGURA DO PEQUENO TRAFICANTE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS PENAIS. APLICAÇÃO AOS CONDENADOS SOB A VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (INCISO XL DO ART. 5º DA CARTA MAGNA). MÁXIMA EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO. RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR. COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA. EMPATE NA VOTAÇÃO. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente 'generosa'.

2. Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma.

3. A discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos.

4. O que a Lei das Leis rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo.

5. A Constituição da República proclama é a retroatividade dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

temporalmente mais nova, se revele ainda mais benfazeja do que a norma igualmente penal até então vigente. Caso contrário, ou seja, se a norma penal mais nova consubstanciar política criminal de maior severidade, o que prospera é a vedação da retroatividade.

6. A retroatividade da lei penal mais benfazeja ganha clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico instituto. Isto na acepção de que, ali onde a norma penal mais antiga for também a mais benéfica, o que deve incidir é o fenômeno da ultra-atividade; ou seja, essa norma penal mais antiga decai da sua atividade eficaz, porquanto inoperante para reger casos futuros, mas adquire instantaneamente o atributo da ultra-atividade quanto aos fatos e pessoas por ela regidos ao tempo daquela sua originária atividade eficaz. Mas ali onde a norma penal mais nova se revelar mais favorável, o que toma corpo é o fenômeno da retroatividade do respectivo comando. Com o que ultra-atividade (da velha norma) e retroatividade (da regra mais recente) não podem ocupar o mesmo espaço de incidência. Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito.

7. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Carta Magna, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de norma anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88).

8. O tipo penal ou delito em si do tráfico de entorpecentes já figurava no art. 12 da Lei 6.368/1976, de modo que o ineditismo regratório se deu tão-somente quanto à pena mínima de reclusão, que subiu de 3 (três) para 5 (cinco) anos. Afora pequenas alterações redacionais, tudo o mais se manteve substancialmente intacto.

9. No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retroincidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo: o art. 12 da Lei 6.368/1976, a incidir por ultra-atividade. O novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapondo a nenhuma anterior regra penal, incide tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal.

10. Recurso extraordinário desprovido." (Destaque nosso).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, o v. acórdão recorrido está em conformidade com o entendimento firmado pela e. Corte Suprema, razão pela qual entendo **prejudicado o recurso extraordinário**, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC.

Destaco, ainda, que o fato de ter ocorrido empate na votação não é suficiente para retirar a força da tese ora combatida pelo órgão ministerial, já que o e. **Supremo Tribunal Federal** aplicou o art. 146, parágrafo único, do RISTF e não houve a retirada da condição de precedente da Repercussão Geral do RE n.º 596.152/SP.

Assim, **nego provimento ao agravo regimental**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2008/0059131-1

**AgRg no RE no AgRg no
HC 102.289 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 101139753 1612006 687179

EM MESA

JULGADO: 29/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Relator AgRg no RE no AgRg

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JULIANO COSTA DA CRUZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANO COSTA DA CRUZ
PACIENTE : JULIANO COSTA CRUZ

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JULIANO COSTA DA CRUZ
PACIENTE : JULIANO COSTA DA CRUZ
PACIENTE : JULIANO COSTA CRUZ

CERTIDÃO

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

A Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Raul Araújo e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha.

Convocados os Srs. Ministros Raul Araújo e Sebastião Reis Júnior.