



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.094.499 - MG (2009/0191011-8)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS
ADVOGADO : PAULA REGINA FONTE BOA PINTO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

EMENTA

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, **CAPUT**, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO **PRETÓRIO EXCELSO**. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. **Todavia**, a verificação da **lex mitior**, no confronto de leis, é feita **in concreto**, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, **retroatividade da regra nova** ou **ultra-atividade da norma antiga**.

II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 **inovou no ordenamento jurídico** pátrio ao prever uma **causa de diminuição** de pena **explicitamente vinculada** ao novo apenamento previsto no **caput** do art. 33.

III - Portanto, **não há** que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma **terceira norma não elaborada e jamais prevista** pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, **inexoravelmente**, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no **caput** do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao **princípio da extra-atividade** (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, **caso a caso**, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre **quantum** mais elevado. Contudo, **jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita**.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica **que seja desvinculada**, incorrendo, destarte, na sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência, a denominada **combinação de leis**.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: **Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso**. Dentre os estrangeiros, v.g.: **Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muños Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina**.

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, **1ª Turma**, Relatora Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, **2ª Turma**, Relatora Min. **Ellen Gracie**, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, **2ª Turma**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão).

Embargos de divergência providos.

Ordem de **habeas corpus** concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, acolher os embargos de divergência com manutenção da redução da pena e do regime semi-aberto, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Jorge Mussi e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), que negaram provimento aos embargos de divergência. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE). Vencidos os Srs. Ministros Jorge Mussi e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 12 de maio de 2010 (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.094.499 - MG (2009/0191011-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **embargos de divergência** opostos pelo Ministério Público Federal contra v. acórdão prolatado pela c. 6ª Turma desta Corte, de relatoria do eminente Ministro Nilson Naves.

Eis a ementa do v. acórdão embargado:

"Tráfico internacional de entorpecentes (Lei nº 6.368/76). Diminuição de penas (Lei nº 11.343/06). Lei nova mais benéfica (retroatividade). Consequências (todas). Norma/princípios do ordenamento jurídico (observância). Agravo regimental (desprovimento)" (fl. 279).

Alega o **Parquet** que o r. **decisum** atacado diverge da orientação firmada no âmbito da 5ª Turma desta Corte, no sentido de que seria inadmissível a aplicação da minorante inserta no art. 33, § 4º da nova Lei de drogas no preceito secundário do art. 12 da Lei nº 6.368/76.

Afirma, para tanto, que: *"... enquanto nos arestos paradigmas, se entendeu que a redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não pode ser feita com base na pena prevista na revogada Lei Antidrogas, sob pena de criação de terceira lei, no acórdão embargado, se entendeu ser possível tal junção, colhendo benefícios de cada um dos Diplomas Legais, embora afirmado que, ao contrário, está-se 'extraíndo consequências de um bom, se não excelente princípio/norma (retroatividade da lei penal mais benéfica)', invocando, no ponto, julgados da Sexta Turma, um de Relatoria do próprio Ministro Nilson Naves (HC 103.542, DJe de 1º.12.08 e, o segundo, de Relatoria da Desembargadora convocada Jane Silva, DJe de 19.12.08).*

Evidenciada, assim, a divergência de tratamento dada à mesma matéria por duas Turmas distintas, tendo por substrato o mesmo comando normativo (artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), justificado está o manejo deste recurso, com vista a que seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*dissipado o desacordo existente entre os órgãos desse Augusto Tribunal, unificando-se a jurisprudência a respeito do tema, devendo prevalecer, **concessa maxima venia**, aquela manifestada pela Colenda Quinta Turma, por ser a que melhor consulta o espírito da Lei de regência, sem subtrair atribuição constitucionalmente conferida ao legislador ordinário." (Fl. 294).*

Requer, ao final, seja dado provimento ao recurso e, por conseguinte, restabelecida a decisão do e. Tribunal de origem.

Impugnação apresentada às fls.339/343.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.094.499 - MG (2009/0191011-8)

EMENTA

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, **CAPUT**, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO **PRETÓRIO EXCELSO**. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. **Todavia**, a verificação da **lex mitior**, no confronto de leis, é feita **in concreto**, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, **retroatividade da regra nova** ou **ultra-atividade da norma antiga**.

II - A norma insculpada no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 **inovou no ordenamento jurídico** pátrio ao prever uma **causa de diminuição** de pena **explicitamente vinculada** ao novo apenamento previsto no **caput** do art. 33.

III - Portanto, **não há** que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma **terceira norma não elaborada e jamais prevista** pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, **inexoravelmente**, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no **caput** do artigo 33 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao **princípio da extra-atividade** (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, **caso a caso**, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre **quantum** mais elevado. Contudo, **jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.**

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica **que seja desvinculada**, inocorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada **combinação de leis.**

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: **Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso.** Dentre os estrangeiros, v.g.: **Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.**

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, **1ª Turma**, Relatora Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, **2ª Turma**, Relatora Min. **Ellen Gracie**, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, **2ª Turma**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão).

Embargos de divergência providos.

Ordem de **habeas corpus** concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Aponta o embargante nas razões da divergência a existência de decisões conflitantes no âmbito desta Corte quanto à possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 ao preceito secundário do já revogado tipo penal inserto no art.12 da Lei nº 6.368/76.

A divergência está comprovada.

De fato, a **c. Sexta Turma**, a exemplo do caso vertente, sufraga a orientação do v. acórdão atacado, ao argumento de se tratar de aplicação retroativa da lei penal mais benéfica. Exemplificadamente: *"A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, em caso análogo ao dos presentes autos, reafirmou o entendimento no sentido de ser possível a combinação do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 com o artigo 12 da Lei 6.368/76."*(AgRg no HC 119.429/SP, **6ª Turma**, Rel. Min. **Celso Limongi** - Desembargador convocado do TJ/SP).

A **c. Quinta Turma**, por seu turno, não admite, pois entende o Colegiado que, ao assim proceder, estaria sendo criada uma terceira regra não prevista pelo legislador. Neste sentido, **v.g.:** *"A Quinta Turma deste Tribunal vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei 11.343/2006, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei antiga, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena-base cominada ao delito do art. 33 da novatio legis."* (HC 144.364/SP, **5ª Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 12/04/2010).

Cumprе destacar, **por necessário**, que o e. **Supremo Tribunal Federal**, em decisões recentes proferidas **por ambas de suas Turmas**, na linha da c. Quinta Turma desta Corte, **também não tem admitido a combinação de leis:**

"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O entendimento deste Supremo Tribunal é de não ser possível aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico de cada qual das leis. Precedentes.

(...)

5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus ao qual se nega provimento."

(RHC 94.806/PR, 1ª Turma, Relatora Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 16/04/2010).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRATICADO SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. PACIENTE QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA.

1. Para que a redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 seja concedida, não basta que o agente seja primário e tenha bons antecedentes, sendo necessário, também, que ele não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. O voto do eminente Ministro Felix Fischer, Relator do habeas corpus ora questionado, muito bem explicitou o motivo pelo qual não foi possível a aplicação daquele benefício ao paciente, ressaltando que "Tribunal a quo negou provimento ao recurso defensivo, a uma, por entender que o paciente se dedicava a atividade criminosa, fazendo do comércio de drogas seu meio de vida, a duas, porque a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343?2006 só se aplicaria àquele que como fato isolado vende substância entorpecente, a três, tendo em vista que a sua aplicação é restrita às condenações ocorridas com base na Lei nº 11.343?2006, não se podendo, assim, a pretexto de se aplicar a lei mais benéfica, combinar partes diversas das duas normas, porquanto isso implicaria, em última análise, na criação de uma terceira lei."

3. Na espécie, a dedicação do paciente ao tráfico de drogas ficou devidamente comprovada nos autos e não foi afastada pela defesa na apelação nem nas impetrações posteriores.

4. Recurso ordinário desprovido"

(RHC 94.802/RS, 1ª Turma, Relator Ministro **Menezes Direito**, DJe de 20/03/2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA DO PARÁGRAFO 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. WRIT DENEGADO.

1. A nova lei de drogas (Lei 11.343/2006), que revogou as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002, estabelece, em seu artigo 33, pena mínima de reclusão de 5 (cinco) anos, ou seja, tratou de modo bem mais severo o crime de tráfico de entorpecentes que a antiga lei, que estabelecia como pena mínima 3 (três) anos.

2. Contudo, no § 4º do art. 33, a nova lei trouxe uma causa especial de diminuição de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), concedida ao agente que cumpre os seguintes requisitos: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Nesse aspecto, portanto, a lei nova em relação ao agente que se enquadra nos requisitos supramencionados foi mais benéfica (*lex mitior*).

3. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema Corte que, agindo assim, estaria criando uma terceira lei (*lex tertia*).

4. Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador.

5. Consoante já decidiu esta Suprema Corte, "não é possível aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico dessas legislações." (HC 94.848/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 089, 15.05.2009).

6. Por fim, vale ressaltar que, para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

7. No caso concreto, por força dos estreitos limites do habeas corpus, não há como verificar se o paciente, efetivamente, não se dedicava às atividades criminosas, nem integrava organização criminosa.

8. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006). 9. Writ denegado."

(HC 98766/MG, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 05/03/2010).

"EMENTA: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA PENAL. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. LEGITIMIDADE PARA ELEVAÇÃO DA PENA BASE. APLICAÇÃO PARCIAL DE LEI POSTERIOR, NA PARTE EM QUE BENEFICIA O RÉU. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. É legítimo o aumento da pena base com fundamento na elevada quantidade de entorpecente encontrada em poder da paciente.

2. Não é permitida, nem mesmo para beneficiar o réu, a combinação de dispositivos de leis diversas, criando uma terceira norma não estabelecida pelo legislador, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da anterioridade da lei penal (art. 1º do Código Penal) e da separação de poderes.

3. Ordem denegada."

(HC 96844/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 05/02/2010).

Desse modo, passo a alinhar meus argumentos, já expostos anteriormente em diversos julgados, para demonstrar a inadequação da referida combinação de leis.

A **Constituição Federal** reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da **retroatividade da lei penal mais benéfica**, assim como o **Código Penal** (art. 2º, parágrafo único). Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo **após** o trânsito em julgado da condenação.

Essa regra, mormente por decorrer expressamente da Carta Magna, não se questiona, é inafastável.

A Lei nº **11.343/2006**, que veio disciplinar o **Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas** e, assim, tratar dos crimes atinentes à repressão ao **tráfico de substâncias entorpecentes**, dentre outras providências, acrescentou uma causa de diminuição de pena em relação a este delito nos seguintes termos:

"Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (original sem grifo)



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." (original sem grifo)

À primeira vista, parece que a aplicação da **minorante** seria de rigor aos casos ocorridos antes de sua vigência por se tratar, genericamente, de **lex mitior**.

Entretanto, esse raciocínio, a meu ver, não está correto.

A causa de diminuição prevista na nova lei, **inquestionavelmente**, veio dar concretude aos **princípios da proporcionalidade** e da **individualização da pena** na medida em que, embora o novel diploma tenha previsto penas maiores para o delito de tráfico se comparada à lei anterior, com a minorante, possibilitou **diferenciar** a conduta daquele que não está incursionado, por assim dizer, no mundo do crime e que, portanto, não merece uma reprimenda tão severa quanto as previstas na novel lei. Nessa linha: **HC 96.242/SP, 5ª Turma**, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJ de 09/06/2008.

A **ratio**, portanto, da previsão da **causa de diminuição** contida na nova lei justifica-se pelo **maior rigor** (pena mínima de 5 anos) que a **novatio legis** dispensou ao tratamento do crime de **tráfico de entorpecentes**.

Assim, pretender-se aplicar a causa de diminuição em relação ao crime cometido na **vigência da antiga lei** - que possuía a pena mínima menor; 3 anos - a pretexto de se homenagear o **princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica**, na verdade, constituiria em atuação indevida do **julgador** nas vezes do **legislador**, posto que, desse modo, com tal procedimento, estar-se-ia criando indevidamente uma **terceira lei não pretendida**.

Explico.

A **Lei nº 6.368/76** estabeleceu como pena para o delito em exame **sanção de 3 a 15 anos de reclusão** ausente causa de diminuição, o que significa que a pena mínima não seria menor do que três anos. Por sua vez, a **nova lei** previu as **penas de 5 a 15 anos**. Contudo, diferentemente da anterior, contemplou **causa de de diminuição** que poderá variar de 1/6 a 2/3. Supondo-se, por exemplo, que a pena seja fixada no mínimo e que seja aplicada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a minorante em seu grau máximo, a pena final será de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**. Todavia, se aplicada, nos mesmos moldes, a minorante, em combinação - indevidamente advirta-se desde já - à Lei nº 6.368/76, poderá se alcançar uma **pena final de 1 (um) ano de reclusão**. Daí a crítica ao surgimento de nova regra para regular o crime de tráfico não prevista pelo legislador, qual seja, a **possibilidade de aplicação de pena mínima de apenas um ano de reclusão**.

Em suma: a **minorante** pode ter aplicação retroativa, **mas desde que** a pena a ser considerada como parâmetro seja a prevista no **caput** do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 que em relação a ela, repita-se, é **indissociável**.

Assim, a retroatividade **deve ser total**, mas **jamais parcial**, fruto da **combinação de leis**, pois no caso em exame, reitere-se, a causa de diminuição somente possui **razão de ser** se analisada em conjunto à nova faixa de apenamento trazida pelo novo diploma legal.

Dessarte, deve-se, **caso a caso**, verificar qual a **situação mais vantajosa** ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual, muito embora contemple penas mais altas, prevê a possibilidade de incidência da causa de diminuição. Contudo, de forma alguma admitir-se-á a combinação dos textos legais.

Essa orientação, inclusive, já foi seguida em precedentes oriundos da **Quinta Turma** desta Corte, **v.g.:**

"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. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO, POR SE TRATAR DE CRIME DE TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME HEDIONDO COMETIDO ANTES DA LEI 11.464/07. PROGRESSÃO DE REGIME. EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE 2/5



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA PENA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ULTRATIVIDADE DA **LEX MITIOR**. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. 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 decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor à acusada ou sentenciada.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para condenado por crime de tráfico ilícito de drogas, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente.

6. Entretanto, as Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros julgados, a possibilidade dessa substituição,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para delitos cometidos sob a égide da Lei 6.368/76, em vista da declaração de inconstitucionalidade do § 1º. do art. 2º. da Lei 8.072/90, para penas que não ultrapassem 4 anos.

7. Esta Corte já pacificou a orientação de que o lapso temporal exigido para a progressão de regime dos condenados por crimes hediondos, antes da vigência da Lei 11.464/07, é o previsto no art. 112 da LEP (1/6). Precedentes.

8. Revela-se inaceitável, do ponto de vista jurídico, que os condenados por crimes hediondos ou equiparados possam progredir de regime carcerário nas mesmas condições de tempo exigidas para os condenados por crimes comuns, pois isso significa mitigar a nota de hediondez do delito, tornando iguais, para esse efeito, situações de todo dessemelhantes.

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, bem como para reconhecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, após verificar o preenchimento dos requisitos exigidos, notadamente, a satisfação das condições subjetivas para a fruição do benefício (art. 44, III do CPB) e, ainda, para que o Juiz da Vara de Execuções Penais aprecie o requerimento de progressão de regime do paciente, decidindo-o como entender de direito, atentando para a satisfação dos requisitos objetivos e subjetivos, na forma como disciplinados pelo art. 112 da LEP."

(HC 96242/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 09/06/2008).

"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. VEDAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO.

1. 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.

2. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.

3. *Na espécie, conquanto o magistrado tenha decidido pela combinação de leis – o que não se admite – com a aplicação da minorante prevista na Lei nova sobre o quantum da pena-base prevista na Lei antiga, ao proceder sua fixação, por não se utilizar do percentual máximo de redução, acabou por quantificar a pena em igual patamar ao adotado por esta Corte, mostrando-se, pois, despicienda a análise da tese de constrangimento ilegal pela não-aplicação da minorante em seu grau máximo, de 2/3.*

4. *Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes.*

5. *Fixada a pena-base no mínimo legal, é incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena. Aplicação do regime aberto. Inteligência do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal.*

6. *Ordem parcialmente concedida para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, mediante as condições a serem estabelecidas pelo juízo da execução, providência que concedo de ofício, bem como para, afastando o óbice ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, determinar ao Tribunal de origem que prossiga na análise dos demais requisitos."*

(HC 101535/RJ, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 02/06/2008).

A **tese** aqui sustentada - que **não admite a combinação de leis** para se alcançar uma terceira não prevista pelo legislador - encontra guarida na opinião de **respeitáveis autores nacionais e estrangeiros**.

Entre aqueles, **Nelson Hungria** leciona: "*cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis.*" (in **Comentários ao Código Penal**, vol.1, 1949, p.96).

Aníbal Bruno, discorrendo acerca da delimitação do que seria a lei penal mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benéfica adverte que *"esse princípio da aplicação da lei mais benéfica, como meio de resolver o conflito de leis penas sucessivas, sugere um problema nem sempre de fácil solução."* **para depois concluir** que *"não é lícito tomaram-se na decisão elementos de leis diversas. Não se pode fazer uma combinação de de leis de modo a tomar de cada uma delas o que pareça mais benigno. A lei considerada mais benévola será aplicada em sua totalidade."* (in Direito Penal, Parte Geral - Tomo I, 3ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, p.255/256).

Na mesma senda, **Heleno Cláudio Fragoso**, que é enfático em afirmar que *"em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu aplicando ambas parcialmente"* (in **Lições de Direito Penal. Parte Geral**, 15ª edição, 1995, p.106).

Entre os estrangeiros:

Jiménez de Asúa (in Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 5ª edição, Editora, Losada, Buenos Aires, pg.634), **ensina** que *"interesa dejar bien sentando que para hallar la solución más favorable para el delincuente no es posible combinar varias leyes; es decir, que no es dable dividir la ley antigua y la nueva en varias partes para aplicar al acusado las disposiciones más benignas de la una y de la otra al mismo tiempo, sino que, debiendo hacer uso el Juez de la ley más benigna, no puede darse al reo un trato jurídico que, por ser derivado de las dos, no es propio de la ley neuva ni de la antigua. Lo contrario sería autorizar al magistrado para crear una tercera ley - con disposiciones de la precedente y de la posterior -, con lu cual se arrogaría funciones legislativas que no tiene. "*

Sebastián Soler conclui que *"ese examen comparativo debe concluir por la elección de una ley, es decir, que será ilícita la aplicación al mismo caso, simultánea e sucesivamente, de disposiciones de leyes distintas, en cuyo caso no se aplicaría en realidad ninguna ley, dictada por el poder legislador, sino una nueva ley confeccionada por el juez, con elementos de distintas leyes, para un caso concreto. No son lícitos los reenvios de una e otra ley en procura de las disposiciones más favorables: elegida una ley, ésta se aplica en su integridad, y en todo su régimen"*. (in Derecho Penal Argentino,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Volume 1, 4ª edição, Editora Tipografica, Buenos Aires, 1992, p.260)

Reinhart Maurach / Heinz Zipf, sintetizam a questão afirmando que *"sólo procede la aplicación de la nueva ley y queda excluida una combinación de posibilidades que pudieren ser más favorables al autor"* (in Derecho Penal - Parte General, Tradução da 7ª edição alemã, Editora Astrea, Buenos Aires, 1994, p.202).

E, esse entendimento - que **repele a possibilidade de combinação de leis como forma de se alcançar uma terceira**, em tese mais favorável ao acusado - continua majoritário ao longo do tempo.

Com efeito, **Edgardo Alberto Donna** consigna que *"...no se deben hacer mixturas o combinaciones de leyes habida cuenta de que, en ese caso, seria el juez quien dicta una nueva ley violando el principio que los delitos y las penas deben ser sólo obra del legislador. Por eso aunque sea posible que la reforma parcial de la ley anterior pueda ser más beneficiosa en algunos aspectos y más gravosa en otros, sólo es procedente la elección de una de las leyes en cuestión."* (in Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fé, 2006, p.414/415).

Idêntica é a ensinança de **Francisco Muños Conde e Mercedes García Arán** que asseveram: *"El segundo problema se plantea cuando la ley posterior contiene aspectos beneficiosos pero también perjudiciales, por ejemplo, disminuyendo la gravedad de la pena señalada para el delito pero estableciendo circunstancias agravantes que son aplicables al caso. Tal situación debe resolverse comparando las consecuencias concretas que una y otra ley supone para el caso en cuestión y aplicando de manera completa la ley que permita las menos gravosas."*

Lo que no resulta posible, pese a que se ha propuesto doctrinalmente, es aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra, pues con ello el tribunal estaría creando una norma nueva (lex tertia) y desempeñando con ello funciones legislativas que no le competen." (in Derecho Penal - Parte General, 5ª edição, Editora Tirant lo Blanch Libros, Valência, 2002, p.144).

Gonzalo Quintero Olivares leciona que *"...lo que resulta imposible, pues se opone al principio de legalidad, es aplicar una ley que nunca ha existido como tal y que*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*el intérprete compone tomando lo que le parece mejor de cada ley en presencia, **pues la competencia para crear leyes penales no pertenece al juez**". (in Parte General del Derecho Penal, Editora Thomson Aranzadi, 2005, pg.150).*

Diego-Manuel Luzón Peña, seguindo as lições de **Jiménez de Asúa**, destaca que *"hay que optar por una o por otra ley, pero que no se pueden combinar los preceptos más favorables de la ley anterior y la posterior, **pues eso sería formar una ley nueva**".(in Curso de Derecho Penal - Parte General I, Editorial Universitas, S.A, Madri, p.187).*

Para **Guillermo Fierro** *"la doctrina ampliamente mayoritaria como así también la jurisprudencia han concluido que no resulta lícito a los fines de establecer la mayor o menor benignidad de una ley, componer por parte del órgano judicial una tercera ley arrogándose facultades legislativas que le están vedadas, utilizando los fragmentos más favorables de la ley anterior en forma conjunta con los más beneficiosos de la nueva..."(in Legalidad y retroactividad de las normas penales, Editora Hamurabi, Buenos Aires, 2003, p.324).*

José Cerezo Mir: *"Lo que no es posible es aplicar los preceptos más favorables de la ley posterior y de la anterior, porque ello implicaría, como señala Jiménez de Asúa, **la creación de una tercera ley nueva, con la consiguiente arrogación de funciones legislativas**".(in Derecho Penal - Parte General, Editora RT, São Paulo, 2007, p.283).*

Esse também o escólio de **Antonio Garcia-Pablos de Molina**, segundo o qual: *"A mi juicio (...) parece más convincente **la opinión tradicional**, esto es, la que propone se opte, caso de sucesión de leyes penales, por una de las normas en bloque, in toto: **la anterior o la posterior, sin otras alternativas posibles**".(in Introducción al derecho penal, 4ª edição, Editora Ramón Areces, Madri, 2006, p.911).*

Também no direito português alcança-se igual solução conforme se depreende das lições de **Germano Marques da Silva**: *"Note-se que a escolha dos regimes penais em confronto, em sede de aplicação das leis no tempo, **tem de ser feita em bloco**, não podendo criar-se uma norma abstracta com os elementos mais favoráveis das várias*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

leis."(in Direito Penal Português - Parte Geral, Editora Verbo, Lisboa, 1997, p.265.).

O **Pretório Excelso**, a propósito, ao se deparar com a tormentosa discussão acerca da possibilidade ou não de **combinação de leis**, apresenta precedente que não admite. Veja-se:

*"HABEAS-CORPUS. "Lex mitior". Execução de sentença. Livramento condicional. **Combinação de normas que se conflitam no tempo**. Princípio da isonomia. O princípio da retroatividade da "lex mitior", que alberga o princípio da irretroatividade de lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por consequência, ao livramento condicional, art. 5., XL, da Constituição Federal e § único do art. 2º do Código Penal (Lei nº 7.209/84). **Os princípios da ultra e da retroatividade da "lex mitior" não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu**. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. Habeas-corpus indeferido."*

(HC 68.416/DF, 2ª Turma, Rel. Min. **Paulo Brossard**, DJ de 08/09/1992).

Solução semelhante foi adotada pela **Suprema Corte**, e seguida por este **Tribunal Superior**, quando em discussão a retroatividade ou não do **art. 366 do Código de Processo Penal** com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.271/96.

No caso, a nova lei ao alterar a redação do art. 366 do CPP, dispôs que para o acusado citado por edital que não comparecesse ou que não nomeasse defensor seria o processo suspenso, assim como o curso do prazo prescricional.

Dessa forma, a citada norma veiculou no mesmo comando norma material - que tratava da suspensão do curso da prescrição - e norma processual, atinente à suspensão do processo.

Debateu-se acerca da possibilidade de retroatividade desta lei.

Ao final, firmou-se a orientação de que ela não poderia retroagir já que, no caso, tratava-se de **norma híbrida**, em que a retroatividade da parte material revela-se prejudicial ao acusado. Outrossim, assentou-se **não ser admissível a cisão da norma** a fim de se permitir sua retroatividade apenas parcial referente à norma de cunho processual. É que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dessa forma, assim como **in casu**, estaria sendo criada uma terceira lei não editada pelo legislador.

Nesse sentido, do **Pretório Excelso**: v.g.:

"EMENTA: I. STF - HC - competência originária. Não pode o STF conhecer originariamente de questões suscitadas pelo impetrante e que não foram antes submetidas ao Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. II. Citação por edital e revelia: L. 9.271/96: aplicação no tempo. Firme, na jurisprudência do Tribunal, que a suspensão do processo e a suspensão do curso da prescrição são incidíveis no contexto do novo art. 366 CPP (cf. L. 9.271/96), de tal modo que a impossibilidade de aplicar-se retroativamente a relativa à prescrição, por seu caráter penal, impede a aplicação imediata da outra, malgrado o seu caráter processual, aos feitos em curso quando do advento da lei nova. Precedentes. III. Contraditório e ampla defesa: nulidade da sentença condenatória fundamentada exclusivamente em elementos colhidos em inquérito policial e em procedimento administrativo. IV. Sentença: motivação: incongruência lógico-jurídica. É nula a sentença condenatória por crime consumado se a sua motivação afirma a caracterização de tentativa: a incoerência lógico-jurídica da motivação da sentença equivale à carência dela."

(HC 83864/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 21/05/2004).

"EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU REVEL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. SUSPENSÃO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. CPP, ART. 366, COM A REDAÇÃO DA LEI 9.271/96. I. - Impossibilidade de se aplicar a suspensão do processo, quando se tratar de réu revel, conforme previsto no art. 366, com a redação da Lei 9.271/96, deixando de aplicar a regra da suspensão do curso do prazo prescricional, também prevista no mesmo dispositivo legal. II. - H.C. indeferido."

(HC 74695/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 09/05/1997).

E desta Corte:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO ART. 366 DO CPP COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.271/96.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA.

I - A suspensão do processo, prevista no art. 366 do CPP (Lei nº 9.271/96), só pode ser aplicada em conjunto com a suspensão do prazo prescricional, razão pela qual é vedada a retroatividade (Precedentes).

II - (...)

Recurso provido.

Extinção da punibilidade declarada de ofício, com fundamento nos arts. 107, IV, 109, V e 110, § 1º, do Código Penal."

(Resp 672711/RS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 26/09/2005).

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CRIME FALIMENTAR. INOCORRÊNCIA. CITAÇÃO EDITALÍCIA. ESGOTAMENTO DOS MEIOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. LEI Nº 9.271/96. FATOS ANTERIORES A SUA VIGÊNCIA. INAPLICABILIDADE. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. INCABIMENTO.

1. (...)

2. (...)

3. Em se cuidando de norma jurídica complexa dirigida a assegurar a efetividade do direito penal e a proteção do direito constitucional à ampla defesa, não há falar na incidência parcial retroativa do artigo 366 do Código de Processo Penal, evidenciando, como evidencia, a sua objetividade dupla, a complementaridade que vincula, indissociavelmente, a regra penal instrumental de suspensão do processo à regra penal material de suspensão da prescrição.

4. (...)

5. Ordem denegada."

(HC 39492/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 04/09/2006).

"PROCESSUAL PENAL - ESTELIONATO - ART. 366, DO CPP, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.271/96 - FATOS ANTERIORES A SUA ENTRADA EM VIGOR - IRRETROATIVIDADE.

- A suspensão do processo, insculpida no art. 366 do CPP, com redação dada pela Lei 9.271/96, deve ser aplicada conjuntamente com a suspensão do prazo prescricional, não havendo possibilidade de cisão do texto legal, sendo inaplicáveis a réu revel que tenha cometido crimes anteriormente à sua vigência. No caso, os fatos se deram em 10/12/1994.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Precedentes.*

- *Ordem concedida para impossibilitar a aplicação do art. 366, do CPP, com redação dada pela Lei 9.271/96, em razão de sua irretroatividade.*

(HC 32673/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **Jorge Scartezini**, DJ de 1º/07/2004).

Em suma, a Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. **Todavia**, a verificação da **lex mitior**, no confronto de leis, é feita **in concreto**, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, **retroatividade da regra nova** ou **ultra-atividade da norma antiga**.

Tendo em vista as premissas aqui estabelecidas, passo ao exame do caso concreto.

Em primeiro grau, a pena-base foi fixada em 04 (quatro) anos de reclusão, a qual tornou-se definitiva.

O eminente Min. Nilson Naves, relator do recurso especial, entendeu que o embargado faria jus à aplicação da minorante no patamar de 1/2 (metade). Este ponto da decisão, insta consignar, não foi atacada no presente recurso, de modo que transitou em julgado para a acusação.

Assim, procedendo ao cotejo das Leis, verifico que afigura-se mais favorável ao réu a aplicação no novel diploma.

É que, partindo-se da pena mínima prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, acrescida de um ano, nos termos da r. sentença condenatória, alcança-se 06 (seis) anos de reclusão. Aplicada a minorante nos termos apontados (metade) a pena resulta em **03 (três) anos de reclusão**, mantido o regime semiaberto. Mais favorável, portanto, do que a aplicação da Lei anterior em que a reprimenda totalizou **04 (quatro) anos de reclusão**.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso do **Parquet para assentar a impossibilidade de combinação de leis**. Ademais, concedo a ordem **habeas corpus** de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício para redimensionar a pena imposta ao embargado para 03 (três) anos de reclusão.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0191011-8

EResp 1094499 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10106060232456 10106060232456003 106060232456 200802135390

PAUTA: 24/03/2010

JULGADO: 24/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WAGNER NATAL BATISTA

Secretária

Bela. VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMBARGADO : AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS

ADVOGADO : PAULA REGINA FONTE BOA PINTO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

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 TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 24 de março de 2010

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0191011-8

EResp 1094499 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10106060232456 10106060232456003 106060232456 200802135390

PAUTA: 24/03/2010

JULGADO: 28/04/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WAGNER NATAL BATISTA

Secretária

Bela. VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS
ADVOGADO : PAULA REGINA FONTE BOA PINTO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

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 TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por maioria, deu provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Jorge Mussi e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), que negavam provimento aos embargos de divergência.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE). Vencidos os Srs. Ministros Jorge Mussi e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 28 de abril de 2010

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.094.499 - MG (2009/0191011-8)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Sra. Ministra Presidente, todos, na 5ª Turma, conhecem o meu posicionamento. Tenho sustentando democraticamente o meu ponto de vista baseado no § único do art. 2º do Código Penal, que dispõe:

"A lei posterior que, de qualquer modo favoreceu 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.º 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 criminosa".

O crime definido no *caput* do art. 33 da Nova Legislação de Tóxicos é praticamente o mesmo pelo qual foi condenado o recorrido - art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76 -, modificando o legislador tão somente as penas mínima e máxima cominadas abstratamente para o delito, que foram elevadas para 5 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Evidente, dessarte, que a nova causa de especial diminuição da reprimenda seria perfeitamente aplicável ao caso em exame, visto que se trata de norma de carácter preponderantemente penal e, sendo mais benéfica, incide imediata e retroativamente aos crimes cometidos anteriormente à 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CP, e no art. 5º, inciso 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. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 55).

A propósito, da jurisprudência deste Superior Tribunal, 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. ORDEM CONCEDIDA.

"[...]".

"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" (grifou-se) (HC nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

83.716/SP, rel^a JANE SILVA, Desembargadora Convocada do TJMG, Quinta Turma, julgado em 6-9-2007)

"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.

"[...].

"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 nº 88.114/MS, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, julgado em 12-11-2007).

Não fosse isso, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, discutindo a questão 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 nº 95.435/RS, rel^a. orig. Min^a. ELLEN GRACIE, rel. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUZO, julgado em 21-10-2008, publicado no Informativo nº 525).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Colhe-se a seguinte lição do prof. Mirabete:

"A melhor solução, porém, é a de que pode haver combinação de duas leis, aplicando-se ao caso concreto os dispositivos mais benéficos. A conjugação pode ser efetuada não só a inclusão de um dispositivo de lei nova, como também com a combinação de parte de dispositivo de lei anterior e posterior.

Apesar das críticas de que não é permitido ao julgador a aplicação de uma terceira lei formada por parte das duas em confronto, é a orientação mais aceitável, considerando-se que o sentido do princípio constitucional da retroatividade obrigatória da lei mais benigna é que se aplique sempre a norma mais favorável, seja ela um artigo, um parágrafo, um inciso, ou parte dele quando for mais favorável ao agente."

Peço vênua ao Sr. Ministro Relator para negar provimento aos embargos de divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.094.499 - MG (2009/0191011-8)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS
ADVOGADO : PAULA REGINA FONTE BOA PINTO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Sra. Ministra Presidente, com a devida vênia do eminente Ministro Relator, acompanho a divergência.

Nego provimento aos embargos de divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0191011-8

EResp 1094499 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10106060232456 10106060232456003 106060232456 200802135390

PAUTA: 24/03/2010

JULGADO: 12/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretária

Bela. VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS
ADVOGADO : PAULA REGINA FONTE BOA PINTO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

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 TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retificação de voto: A Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência com manutenção da redução da pena e do regime semi-aberto, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Jorge Mussi e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), que negavam provimento aos embargos de divergência.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE). Vencidos os Srs. Ministros Jorge Mussi e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 12 de maio de 2010

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO
Secretária