HABEAS CORPUS Nº 108.854 - RJ (2008/0131809-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EDNA GOMES DA SILVA (PRESA)

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PENA: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E PAGAMENTO DE 58 DIAS-MULTA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. 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 O SENTENCIADO. PRECEDENTES DO STJ. PACIENTE QUE FAZ JUS AO BENEFÍCIO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, 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 FAVOREÇA O PACIENTE.

1. Mostra-se indevida e inadequada a aplicação retroativa do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 àquelas 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.

2. 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.

3. 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 ao acusado ou sentenciado.

4. A circunstância de a paciente ter sido presa quando aguardava, na fila de visitação, o ingresso no presídio revela o não preenchimento do requisito subjetivo previsto no art. 44, III do CPB, além do fato de que tal substituição não se

mostra adequada e suficiente para a reprovação e prevenção da prática de tal modalidade de delito.

5. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

6. Ordem parcialmente concedida, tão só e apenas 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.

ACÓRDÃO

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília/DF, 1º de dezembro de 2009 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR

HABEAS CORPUS Nº 108.854 - RJ (2008/0131809-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EDNA GOMES DA SILVA (PRESA)

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de EDNA GOMES DA SILVA, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu parcial provimento à Apelação da defesa, apenas para redimensionar a pena aplicada pelo Juízo de primeiro grau.

2. Colhe-se dos autos que a paciente foi condenada por infração à norma do art. 12, *caput*, c/c art. 18, IV, ambos da Lei 6.368/76 (narcotraficância), à pena de 4 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 66 dias-multa. Entretanto, ao julgar a Apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem reduziu a pena para 3 anos e 6 meses de reclusão, e 58 dias-multa.

3. Aduz a impetração, em suma, que a paciente preenche todos os requisitos para a aplicação retroativa do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, já que, no ponto, a nova Lei de Drogas é mais benéfica. Requer, ainda, a substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos.

4. Prestadas as informações solicitadas (fls. 89/116), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS, manifestou-se pela concessão da ordem, *tão somente para que seja afastado o óbice à redução da pena prevista no art. 33, § 4o., da Lei 11.343/06 e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabendo ao Juízo da Execução analisar a presença dos requisitos e definir a redução aplicável, e, no tocante à substituição, caso estejam presentes os requisitos, estabelecer as condições a serem cumpridas pela paciente* (fls. 121/124).

5. Era o que havia de relevante para relatar.

HABEAS CORPUS Nº 108.854 - RJ (2008/0131809-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EDNA GOMES DA SILVA (PRESA)

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PENA: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E PAGAMENTO DE 58 DIAS-MULTA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. 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 O SENTENCIADO. PRECEDENTES DO STJ. PACIENTE QUE FAZ JUS AO BENEFÍCIO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, 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 FAVOREÇA O PACIENTE.

1. Mostra-se indevida e inadequada a aplicação retroativa do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 àquelas 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.

2. 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.

3. 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 ao acusado ou sentenciado.

4. A circunstância de a paciente ter sido presa quando aguardava, na fila de visitação, o ingresso no presídio revela o não preenchimento do requisito subjetivo previsto no art. 44, III do CPB, além do fato de que tal substituição não se mostra adequada e suficiente para a reprovação e prevenção da prática de tal modalidade de delito.

5. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

6. Ordem parcialmente concedida, tão só e apenas 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.

1. Cuida-se de *mandamus* em que se objetiva a aplicação retroativa do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, bem como a substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos.

2. Inicialmente, cumpre frisar que a redução da pena objetivou suavizar a situação daqueles que não se dedicam ao tráfico como profissão, dos que cometeram o delito pela primeira vez, do traficante ocasional (a mulher que leva a droga para o marido ou o filho viciado na cadeia, por exemplo).

3. A controvérsia passa pela admissibilidade de combinação de leis. Louvando-se nos arts. 5o., XL da Constituição Federal e 2o. do CPB, parte da jurisprudência e da doutrina ampliaram as possibilidades de interpretação jurídica para admitir a combinação de normas ou de partes delas, sempre que o resultado encontrado beneficiar, de qualquer forma, o réu ou aquele já condenado. Seguindo essa

diretriz jurídica, sem qualquer ressalva ou discussão, podem ser citados, desta Corte, os HC 88.114/MS, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJU 03.12.07 e HC 92.272/RJ, Rel. Min. JANE SILVA-Desembargadora convocada do TJMG, DJU 26.11.07.

4. Em interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, o eminente Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA tem admitido a retroação da causa de diminuição de pena, vedando, todavia, a fixação de sanção inferior a 1 ano e 8 meses de reclusão, que seria a resultante da aplicação da redução máxima admitida pelo § 4o., incidente sobre o menor tempo de cumprimento fixado no *caput* (5 anos). Nesse sentido: HC 88.006/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 10.12.07.

5. Ao meu modesto sentir, 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 combinação de leis, com a sua aplicação retroativa à aquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76.

6. Veja-se que o Magistrado que assim procede está, em verdade, criando 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, que não integrem organização criminosa, 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 pela via de interpretação.

7. O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica intrínseca do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes.

8. Não se pode olvidar que o § 4o. faz referência expressa ao *caput* do art. 33 da novel legislação, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, dada a exacerbação

desproporcional da condenação em patamar tão elevado (5 anos), que poderia, em tese, ocorrer, nas hipóteses legais previstas (réu primário, de bons antecedentes e que não integre organização criminosa); deveras, não há como interpretá-lo isoladamente do seu contexto, pinçando somente esse excerto e combinando-o com outra legislação, que previa pena mínima bem menor (3 anos), sob pena de descaracterizar o conjunto da norma.

9. A combinação de normas dificilmente atenderá à finalidade de qualquer uma delas, além de quebrar a lógica intrínseca do sistema jurídico. Já advertia o ilustre mestre NELSON HUNGRIA, *que [...] não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis* (Comentários ao Código Penal, 1o. vol., 1 t., Forense, Rio de Janeiro, 1977, pág. 120).

10. O colendo STF, em tempos de interpretação mais restritiva, também não aceitava a combinação de leis, como se constata do seguinte julgado:

> *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 conseqüência, ao livramento condicional, art. 5o., XL, da Constituição Federal e § único do art. 2o. do Código Penal (Lei 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 benefície o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. Habeas-corpus indeferido* (HC 68.416/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJU 30.12.92).

11. O insígne doutrinador GUILHERME DE SOUZA NUCCI apresenta solução intermediária, assim:

> *91.-C. Aplicação retroativa de lei penal benéfica e a hipótese de combinação de leis penais: não há dúvida de que o disposto no § 4o. do art. 33 é norma penal benéfica, merecendo, conforme o caso, aplicação retroativa, inclusive no tocante a processos já findos, com trânsito em*

julgado. Porém, deve-se enfrentar uma questão prévia. É viável a combinação de leis penais? Para quem aceitar essa posição, não há problema algum. Toma-se a pena aplicada, com base na Lei 6.368/76, que não tinha esse benefício, fazendo incidir a nova causa de diminuição, quando preenchidos os requisitos da novel lei (primariedade, bons antecedentes, não envolvimento em atividades criminosas, nem integração com organização criminosa). Imaginemos a pena de 3 anos, por tráfico (antigo art. 12 da Lei 6.368/76). Sobre ela incidiria uma diminuição de um sexto a dois terços. O condenado (ou réu) somente teria a ganhar. Entretanto, há a corrente que não aceita a combinação de leis penais, pois o magistrado estaria, na prática, legislando. Afinal, não há uma lei com pena mínima de 3 anos para o tráfico + causa de diminuição de pena ao primário, de bons antecedentes etc. É a posição que adotamos em nosso Código Penal comentado (conferir a nota 22 ao art. 2o.). Para isso, pensamos ser aplicável ou a Lei 6.368/76 ou a Lei 11.343/2006. Não se pode misturá-las. Cremos, ainda, como já sustentamos, ser plenamente possível, no caso concreto, sem divagações teóricas, eleger a melhor lei ao acusado ou sentenciado. Exemplificando: o primeiro passo a dar será o magistrado, conforme a culpabilidade do agente (vide a nota 91-B supra), decidir qual seria a diminuição merecida. Imagine-se que chegou à conclusão de que metade é o ideal. Ora, aplicada essa diminuição sobre a pena mínima de 5 anos, prevista no caput do atual art. 33, teremos 2 anos e 6 meses de reclusão. Tinha o réu recebido a pena mínima de 3 anos, prevista no antigo art. 12 da Lei 6.368/76. Assim sendo, é benéfica a aplicação, por inteiro, da nova Lei 11.343/2006. Porém, se o juiz chegar à conclusão que a diminuição deve ser fixada no patamar mínimo (um sexto), não há razão para aplicar a nova Lei, já que a subtração desse montante da pena mínima de 5 anos resultaria em 4 anos e 2 meses de reclusão. Se o réu tinha sido condenado a 3 anos, com base na anterior Lei 6.368/76, melhor manter essa pena. Não se aplica a Lei 11.343/2006.

Em suma, evitando-se a combinação de leis penais, mais escolhendo qual a melhor Lei, caso a caso, é possível optar entre uma ou outra (Leis Penais e Processuais Penais comentadas, 2a. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 331).

12. Ao meu sentir, essa solução 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 pátrio, vedando ao intérprete da Lei extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente; dessa forma, aplicar-se-ia, em sua integralidade, uma ou outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado, sem a possibilidade, todavia, de combinação de normas.

13. Quanto ao pleito de substituição por pena restritiva de direitos, sem razão o impetrante. É que a circunstância de a paciente ter sido presa quando aguardava na fila de visitação o ingresso no presídio revela o não preenchimento do requisito subjetivo previsto no art. 44, III do CPB, além do fato de que tal substituição não se mostra adequada e suficiente para a reprovação e prevenção da prática de tal modalidade de delito.

14. Ordem parcialmente concedida, tão só e apenas 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 o paciente.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0131809-5 **HC 108854 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20060020640019 200705002300 2300 23002007

EM MESA JULGADO: 01/12/2009

Relator
Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN

Secretário
Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	EDNA GOMES DA SILVA (PRESA)

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

CERTIDÃO

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

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

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 01 de dezembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário