

LEONELA ARAÚJO DOS SANTOS

**CONFLITO DE LEIS PENAIS NO TEMPO - A POLÊMICA
POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DO ART. 33, PARÁGRAFO 4º,
LEI 11.343/06 COM O ART. 12 DA LEI 6.368/76: Estudo Jurisprudencial
do Entendimento dos Tribunais**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientadora: Professora Eneida Orbage
Taquary

BRASÍLIA

2009

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o conflito de leis penais no tempo. A problemática destrinchada traz a lume a polêmica possibilidade de combinar normas, no caso específico da nova e antiga Lei Antidrogas, sendo que o cerne da discussão centra-se na possibilidade de retroagir causa especial de diminuição da nova lei – art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 – sobre pena cominada em face de lei posterior, art. 12 da Lei 6.368/76 – esta mais benéfica, à época. A monografia abraçou o objetivo de, por meio da metodologia do estudo jurisprudencial de casos concretos, evidenciar o conflito de interpretações dos magistrados das mais diversas cortes e instâncias do país e, com bases nesses argumentos, apontar aquela fundamentação que entende ser a mais coerente para pacificar a questão quando da análise pelo Supremo Tribunal Federal. Embora o trabalho defenda a impossibilidade dessa combinação de normas, o assunto, hoje, está materializado no RE 596.152 que aguarda pauta no Plenário para ser discutido, votado e pacificado pela Corte Suprema.

Palavras-chave: Conflito de leis penais. Combinação de normas. Lei Anti-drogas. Lei 11.343/06. Lei 6.368/76.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO – PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.....	6
1.1 Do contexto da lei 11.343/06 no ordenamento jurídico e da finalidade do parágrafo 4º, art. 33 da lei 11.343/06	9
2 ESTUDO JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS.20	
2.1 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	20
2.2 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.....	28
2.3 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.....	30
2.4 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.....	33
3 ESTUDO JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	37
3.1 Guerra Fria.....	37
3.1.1 <i>Quinta Turma, STJ</i>	38
3.1.2 <i>Sexta Turma, STJ</i>	42
3.1.3 Terceira Seção, STJ	44
4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	46
4.1 Dos casos concretos sob a análise das Turmas do Supremo Tribunal Federal.....	46
4.2 Habeas Corpus n. 95.435-9/RS.....	47
4.3 Habeas Corpus n. 96.430-3/SP	51
4.4 Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 95.615-7/PR.....	52
4.5 Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 94.802-2/RS	53
4.6 Recurso Extraordinário n. 596.152/SP	57
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa fundamenta-se pela enorme contradição que se instala em todo o judiciário quando da interpretação do princípio da irretroatividade, consagrado na Constituição Federal, art. 5º, inciso XL, sob os dizeres de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Transportado esse princípio para o caso concreto em apreço nesse trabalho, qual seja a conduta típica do tráfico de drogas, a construção do raciocínio será arquitetada a partir de um profundo estudo das argumentações dos operadores da lei quando das suas interpretações frente aos casos concretos em que se depararam.

O caráter relevante do tema é inegável para a comunidade científico-acadêmica, uma vez que a discussão a respeito da possibilidade de combinação de normas permeia a seara dos direitos fundamentais. Determinar qual o entendimento que deverá prevalecer sem que haja confronto à Carta Magna é o grande desafio dos juízes, Tribunais Estaduais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Nesta senda, a escolha metodológica pautou-se pelo estudo jurisprudencial de casos concretos que chegaram às diversas instâncias do judiciário e que fizeram com que ocorresse uma incongruente divergência em cada Vara, Câmara e Turma por onde passaram.

Esta é a razão pela qual o presente trabalho foi dividido em 4 (quatro) capítulos, sendo que o Capítulo 1 traz uma visão panorâmica acerca do princípio da irretroatividade da lei penal e como a doutrina se posiciona diante do assunto; o Capítulo 2 expõem e analisa os votos dos Desembargadores de 4 (quatro) diferentes Tribunais Estaduais;

o Capítulo 3 identifica a fervorosa discordância existente entre as Quinta e Sexta Turmas do STJ; o Capítulo 4, por sua vez, indica quais foram os únicos casos que chegaram para apreciação no STF, finalizando com o reconhecimento de repercussão geral no RE 596.152 que será capaz de estabelecer um posicionamento oficial para os juízes de todo o país.

Os capítulos relacionam-se, pois, de forma a deixar claro que a dificuldade quando da interpretação dos dispositivos legais não é privilégio de apenas um juiz singular ou Câmara do interior do Brasil, mas de todo o universo judiciário que se tem notícia.

1 DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO – PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE

A carta política de 1946, em seu artigo 141, parágrafo 29, previa o instituto da irretroatividade da lei penal, salvo quando para beneficiar o réu:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 29 - A lei penal regulará a individualização da pena e **só retroagirá quando beneficiar o réu.** [grifo nosso]¹

Assim também preconizava a antiga Parte Geral do Código Penal, em seu artigo 2º. Depois de dizer no *caput* que “ninguém poderá ser punido por fato que lei posterior deixe de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”, dispunha, em seu parágrafo único, que a lei posterior, que de outro modo favorecesse o agente, aplicar-se-ia ao fato não definitivamente julgado e, na parte que comina pena menos rigorosa, atingiria até mesmo o fato julgado por sentença condenatória irrecorrível.

¹ UNIÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 18.09.46. DOU 19.09.1946.

A Constituição de 1967, por sua vez, estabelecia – no seu artigo 150, parágrafo 16 – a observância da lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravasse a situação do réu, entendimento repetido na Emenda Constitucional de 1969.

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, através da Lei 7209/1984, colocou-se fim à dúvida existente e ali se definiu, em seu artigo 2º, a irretroatividade da regra mais grave, passando-se a dispor na redação do artigo:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

Parágrafo único - **A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado**². [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#) [grifo nosso]

Logo, ficou definitivamente estabelecida a retroatividade benéfica, não só com referência às penas, mas também em relação a todos os seus aspectos favoráveis ao réu, determinando sua aplicação até mesmo durante o cumprimento da pena – ainda que depois do trânsito em julgado da decisão condenatória.

O princípio da irretroatividade vigorará somente em relação à lei mais severa. Este princípio constitui um direito subjetivo de liberdade, com fundamento nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da CF:

XXXVI - a **lei não prejudicará o direito adquirido**, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [grifo nosso]

XL - a lei penal **não retroagirá, salvo para beneficiar o réu**; [grifo nosso]

² UNIÃO. LEI N. 7.209 de 11.07.84. Altera dispositivos do Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. DOU 13.07.1984

Esse direito adquirido do sujeito consiste em fazer tudo que não é proibido pela norma penal e, assim, não sofrer pena além das cominadas para os casos previstos.³

É o que a atual Carta da República, de 1988, como não poderia deixar de ser, consagrou, como um de seus princípios, o *nulum crimen, nulla poena sine praevia lege*, expresso em seu artigo 5º, XXXIX, nos dizeres de que: “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”. Em decorrência, fez constar uma regra geral sobre os conflitos das leis penais no tempo em seu inciso XL, dispondo que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, não estabelecendo limites para a retroatividade da *lex mitior*.

Assim, em princípio, vige a regra segundo a qual a norma aplicada ao autor de uma infração penal deve ser aquela vigente à época do fato criminoso – *tempus regit actum*. No entanto, essa regra deve ser vencida se o regramento posterior beneficiar o acusado.

A lei penal posterior mostra-se mais favorável para sua imposição retroativa não só quando deixa de considerar criminoso determinado fato (*abolitio criminis*), mas, também, quando beneficia o seu autor (*novatio legis in melius*).

Com efeito, a lei penal mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o artigo 5º, XL, da Constituição da República e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

A Carta Magna, ademais, não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna, sendo que o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva

³ DE JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. 2. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3.

de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, a lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência.

1.1 Do contexto da lei 11.343/06 no ordenamento jurídico e da finalidade do parágrafo 4º, art. 33 da lei 11.343/06

Desde a vigência da Constituição Federal de 1988, o sistema jurídico estava a reclamar uma nova disciplina legislativa, sob o ponto de vista material, a respeito da repressão ao uso e ao tráfico ilícito de drogas.

O vetor da dignidade humana – expresso no art. 1º, inciso III, da CF, alicerçado na esfera penal nos dispositivos do art. 5º, XLIII, que considera o tráfico ilícito de drogas inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, harmonizado com o inciso XLVIII, o qual determina que o cumprimento de pena deve se dar de acordo com a natureza do delito passou a exigir um novo regramento, distinto da obsoleta lei 6.368/76.

Aqui, cabe destacar que esse pretérito diploma, de maneira simplista, regulava duas grandes situações jurídicas: o tráfico de entorpecentes, tipificado no art. 12, e o porte e uso de entorpecentes, tipificado no art. 16. No decorrer dos anos e da dinâmica social, das novas relações e da contínua mudança de costumes, foi editada a lei 10.409/02 com a finalidade de tornar mais atual e contextualizada a antiga norma. Entretanto, essa lei foi “mutilada por vetos presidenciais que lhe expurgaram por completo o direito material, transformando-a num diploma amorfo e incompleto”⁴, devendo o operador do direito valer-se de suas regras processuais e, na necessidade do aspecto material, voltar-se à legislação anterior de 1976.

⁴ FREITAS, Jayme Walmer de. **Aspectos penais e processuais penais da novíssima lei antitóxicos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9074>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

Dessa forma, na parte penal, continuavam vigentes as condutas tipificadas em todo o Capítulo III da lei 6.368/76 - artigos 12 a 17, a causa de aumento prevista no art. 18 e a dirimente estabelecida pelo art. 19 enquanto, na parte processual, cabia ao julgador debruçar-se sobre a lei 10.409/02 e utilizar-se da matéria regulada nos Capítulos IV (Do Procedimento Penal) e V (Da Instrução Criminal). Doutrinadores chegaram a declarar estar-se diante de uma legislação que “se transformara em um verdadeiro centauro do direito”.⁵

Em uma sociedade complexa, porém, as situações jurídicas não são tão simples como aquelas apresentadas na primeira lei a tratar sobre o tema, uma vez que não existe apenas o traficante e o usuário. Daquele modo, a dignidade da pessoa humana era aviltada com condenações atribuídas ao pequeno traficante no mesmo monte das condenações aplicadas àquele financiador da prática do tráfico de drogas de caráter nacional, quiçá internacional.

Nesse diapasão, a lei 11.343/06 trouxe equilíbrio às situações jurídicas, na medida em que apresenta uma situação mais benéfica para o usuário e mais gravosa para o traficante, permitindo traçar uma divisão na parte material em dois tópicos. No primeiro, encontra-se a figura do usuário ou dependente; no segundo, apresenta-se a figura do traficante, que pode ser, ainda, subdividida em três grandes temas: aquele que trafica ou tem aparato para o tráfico; a pessoa que simplesmente oferece drogas a terceiros e, por fim, a figura do financiador.

De forma salutar, a legislação vigente diferencia os diversos degraus da hierarquia da criminalidade comum e organizada, em que cada um responde na medida da sua culpabilidade. A inovação prática, que representa a atribuição da culpabilidade no grau do seu

⁵ CAPEZ, Fernando. **Notas breves sobre a Nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006)**. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br/>> Acesso em: 24 mar. 2009.

envolvimento com o crime, veio à lume com o parágrafo 4º do art. 33 da novel legislação, que prevê, em caráter inovador e sem precedentes, uma causa de redução de pena desde que atendidos, subjetivamente, os requisitos de primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas bem como não integração à organização criminosa. Assim, se o traficante for novato no crime, gozará de benesses jamais vistas, contudo harmonizadas com a realidade dos fatos.

A causa de diminuição em questão justifica-se por “um conjunto de fatores que demonstra a distância do agente com a prática de crime e que deixa ver sua maneira de ser e de comportar-se em sociedade. Sendo isso, a pena aplicada tem que ser suficiente para frear essa caminhada e afastar o agente da terra do crime”.⁶

Depreende-se, portanto, que a nova lei não veio para suavizar o tratamento dispensado aos traficantes de drogas. Ao revés, o novo diploma legal recrudesciu a pena mínima para tal espécie de delito, facultando sua redução **apenas e tão-somente** para os autores dos delitos previstos no *caput* e parágrafo 1º do art. 33, que se enquadrem nos requisitos listados no parágrafo 4º:

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação

⁶ SANTOS, Flávio de Oliveira. **Breves anotações ao art. 44, parágrafo 4º da Lei 11.343/2006**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9958>> Acesso em: 24 mar. 2009.

legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 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. [grifo nosso]

1.2 Da polêmica possibilidade de combinar normas (retroatividade e ultra-atividade) no caso concreto do art. 33, parágrafo 4º, lei 11.343/06, em relação ao art. 12 da lei 6.368/76 – posicionamento doutrinário e jurisprudencial

Há acentuada dúvida na doutrina – e, conseqüentemente, nos tribunais – ao analisar os casos concretos quanto à forma de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, parágrafo 4º, da lei 11.343/06 ao fato criminoso anteriormente normatizado pelo art. 12, da lei 6.368/76. Em dois sentidos, têm sido os entendimentos dos Egrégios Tribunal Superior de Justiça e Supremo Tribunal Federal: a possibilidade do desmembramento das duas normas, combinando-as apenas nas partes que mais beneficiam o réu ou a impossibilidade da combinação, devendo ser aplicado, no caso concreto, a norma que seja mais benéfica no seu conjunto.

No diapasão da impossibilidade de combinar normas, parte dos Ministros do STJ defende que a Lei 11.343/06, que veio disciplinar o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – e assim tratar dos crimes atinentes à repressão ao tráfico de substâncias

entorpecentes, entre 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.

[...]

§ 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.** [grifo nosso].

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, alguns pontos precisam ser verificados.

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 às previstas na nova lei. Segue nesse sentido o 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, a pretensão de aplicar a causa de diminuição em relação ao crime cometido na vigência da antiga lei – que possuía a pena menor de 3 anos – é o pretexto de se homenagear o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. No entanto, isso constituiria a atuação indevida do julgador nas vezes do legislador, posto que, com tal procedimento, estar-se-ia criando uma terceira lei que, além de não escrita, é não pretendida.

Tal tese explica-se a partir do entendimento da Lei 6.368/76, cuja pena para o delito em exame era a sanção de 3 a 15 anos de reclusão ausente a 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 a causa 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 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 6.368/76, poderá se alcançar uma pena final de 1 (um) ano de reclusão. Daí a crítica ao surgimento da nova regra para regular o crime de tráfico de drogas não prevista pelo legislador, qual seja, a possibilidade de aplicação de pena mínima de apenas um ano de reclusão.

Logo, a minorante pode ter aplicação retroativa sim, desde que a pena a ser considerada como parâmetro seja a prevista no *caput* do art. 33 da lei 11.343/06, que, em relação a ela, é indissociável.

Dessa maneira, a retroatividade deve ser total, mas jamais parcial, como fruto de combinação de leis, pois a causa de diminuição somente possui razão de ser se analisada em conjunto à nova faixa de apenamento trazida pelo novo diploma legal. 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 de textos legais.

Compartilham dos fundamentos desta tese respeitados autores nacionais e estrangeiros. Dentre os quais, Nelson Hungria leciona:

Cumpra 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.⁷

E continua:

O preceito constitucional manda retroagir a **lei penal** mais benéfica ao réu, e não aquele de seus dispositivos que, isoladamente, se apresente mais benéfico que o correspondente da lei anterior. Não se pode tomar a parte pelo todo. Os dispositivos de uma lei se completam e se condicionam mutuamente, entrosando-se num sistema orgânico e irrepárvel, e é, de todo, incurial que se destaque um deles como autônomo, truncando-se tal sistema.⁸

Aníbal Bruno, discorrendo acerca da delimitação do que seria a lei penal mais benéfica, adverte que “esse princípio da aplicação da lei mais benéfica, com meio de resolver o conflito de leis penais sucessivas, sugere um problema nem sempre de fácil solução” para depois concluir que “não é lícito tomar-se na decisão elementos de leis diversas.

⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977, vol. I, Tomo I, pág. 120.

⁸ *Ibidem*.

Não se pode fazer uma combinação 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”.⁹

Na mesma senda, Heleno Cláudio Fragoso é enfático em afirmar que “em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiam o réu aplicando ambas parcialmente”.¹⁰

Por sua vez, E. Magalhães Noronha destaca:

Para resolver a questão de saber se a lei nova é mais favorável ao acusado do que a lei em vigor no momento em que ele praticou a infração, deve-se fazer a comparação entre as duas leis, não *in abstractu* (tomando em consideração sua tendência geral de serem mais ou menos severas), mas em relação ao indivíduo que se trata de julgar em concreto.

[...]

O juiz não pode combinar normas para extrair delas um conteúdo mais favorável ao réu; Ele estaria, em tal hipótese, elaborando uma lei, o que não lhe é permitido.¹¹

Na Itália, entre outros, Battaglioni diz que “uma combinação de dois sistemas legislativos é inadmissível”.¹² Ainda, atualmente, esposam do mesmo entendimento Fernando Capez, Pierangelli, Zaffaroni, Paulo José da Costa Júnior e Guilherme Nucci.

Entre autores argentinos, espanhóis e portugueses, esposam a mesma opinião Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach/Heinz Zipf, Edgardo Alberto Donna, Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, Gonzalo Quintero Olivares, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir.

⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 255/256.

¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p.106.

¹¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. Introdução e Parte Geral**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1988-1991, vol. 01, p.77.

¹² BATTAGLINI, Giulio. **Diritto Penale: Parte Generale**. [s.l.][s.n.], 1949, p.76.

Portanto, resta evidenciado que 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 em outro.¹³

Outro também respeitado quórum de Ministros do STJ defende e acha perfeitamente possível a consideração simultânea de duas normas em favor do réu e fundamentam suas teses no sentido de que:

[...] Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, o julgador em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos por que se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente a Constituição. Se lhe está afeto escolher ‘o todo’, para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepassar a prudidos de lógica formal.¹⁴

Quando as leis em conflito não possam ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto e suas normas aplicáveis ao fato, há necessidade de se promover uma combinação para se extrair, de uma e de outra, as disposições mais benéficas. Essa é a orientação mais avançada segundo a lição dos mestres e os precedentes da jurisprudência.¹⁵

Entendemos que a conjugação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais de ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na posterior que revogou o diploma anterior também existem

¹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. HC n. 105.567/SP. Ementa: [...] Relator: Félix Fischer. Brasília, DF, 18 set. 2008. DJE 20 out. 2008.

¹⁴ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. 01, p. 256/257.

¹⁵ DOTTE, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 271.

aspectos que o beneficia, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados.¹⁶

A conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido ao julgador a aplicação de uma ‘terceira’ (formada por parte de duas), essa orientação afigura-se mais aceitável, considerando-se que o sentido da Constituição é de que se aplique sempre a norma mais favorável.¹⁷

A nosso juízo, esse é o melhor entendimento, que permite a combinação de duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos. O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de examinar essa matéria e decidiu pela possibilidade da conjugação de leis para beneficiar o acusado (HC 69.033-5 – Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 1992, p.2925).¹⁸

O juiz não está criando nova lei, mas movimentando-se dentro do campo legal em sua missão de integração legítima. Se ele pode escolher uma ou outra lei para obedecer ao mandamento constitucional da aplicação da *Lex mitior*, nada o impede de efetuar a combinação delas, com o que estaria mais profundamente, seguindo o preceito da Carta Magna. Há razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais. Se o juiz pode aplicar o “todo” de uma ou e outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional. Este não estaria sendo obedecido se o juiz deixasse de aplicar parcela benéfica da lei nova, porque impossível a combinação de leis.¹⁹

Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, ao estudarem a matéria relativamente ao art. 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06, enfatizam:

O parágrafo 4º do artigo 33 traz uma nova causa de diminuição de pena que não existia antes. Diz o diploma legal: “Nos delitos definidos no caput e no parágrafo 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”.

No chamado tráfico ocasional a lei nova prevê uma causa de diminuição da pena, que tem incidência retroativa. O juiz ou tribunal deve levar em conta a pena antiga (para os crimes antigos, cometidos até 7 de outubro de 2006). A nova causa de diminuição da pena incide nos crimes antigos, ou seja, na

¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 01, p. 123.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. vol. 01.

¹⁹ DE JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. 2. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 7.

visão do legislador, o injusto penal (tráfico) praticado por traficante ocasional conta com menor reprovação.

Essa diferenciação de tratamento deve alcançar os fatos passados. Mudou a perspectiva do legislador assim como a graduação punitiva do fato. Não há dúvida que tudo isso trouxe benefício para o criminoso. E lei nova mais favorável, sempre deve retroagir. Não pode o juiz, em relação aos fatos antigos, levar em conta a pena nova (de cinco a 15 anos). Nesse ponto a lei nova é mais severa (não retroage). Sintetizando: aplica-se a pena antiga com a diminuição nova.

[...]

Conclusão: preenchidos os requisitos desse novo art. 33, parágrafo 4º, ele deve ter incidência retroativa e vai alcançar todos os fatos passados, aplicando-se a pena privativa de liberdade da nova, mantendo-se a pena de multa da antiga. Com isso fica patente que o juiz não está ‘inventando’ nenhum tipo de sanção: apenas vai aplicar partes benéficas de cada lei, aprovada pelo legislador. O que está vedado ao juiz é ele ‘inventar’ um novo tipo de sanção. Isso não pode. Aplicar tudo aquilo que foi aprovado pelo legislador o juiz pode (e deve).²⁰

Logo, no caso concreto, quando não é possível encontrar, entre as leis sucessivas, a que favoreça integralmente o agente ativo (o que seria o ideal), há a necessidade da determinação simultânea de parte das duas normas, uma retroagindo e outra tendo ultra-atividade. Entende-se, nesta hipótese, que o melhor é fazê-lo, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, presentes implicitamente por todo o texto Constitucional, assim como o da equidade, que tem sido um precioso auxiliar para os julgadores ao interpretar uma norma no caso concreto²¹. É o entendimento atual também dos doutrinadores Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Damásio e Delmanto.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Nova lei de drogas: retroatividade ou irretroatividade?** Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9170> > Acesso em: 24 mar. 2009.

²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. HC n. 100.910/DF. Ementa: [...] Relatora: Jane Silva. Brasília, DF, 03 de abr. 2008. DJE 22 abr. 2008.

2 ESTUDO JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

A dúvida quanto a qual caminho tomar diante desta problemática acompanha os julgadores de todos os tribunais do país desde a entrada em vigência da lei 11.343/06. A divergência de entendimentos e fundamentações que o tema invoca será o alvo da análise feita adiante.

Íntegras de votos foram pinçadas do arcabouço jurisprudencial dos Tribunais do país. Pretende-se, pois, determinar como as decisões, tanto no sentido de permitir a conjugação das normas quanto no sentido de repudiá-las, se tornam ferramentas capazes de delinear e, por fim, diagnosticar a formação do convencimento dos julgadores que se veem diante desses casos concretos.

2.1 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Importante frisar que a Lei 11.343/06 foi publicada dia 24 de Agosto de 2006, mas entrou em vigência 45 dias após a publicação, ou seja, no dia 08 de Outubro de 2006.

A Apelação Criminal n. 964.448.3/5 da Comarca de Diadema, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 18 de Outubro de 2006, é sem dúvida um dos primeiros precedentes relativo à dificuldade de lidar com o instituto da irretroatividade em face da nova e antiga Lei de Tóxicos.

Neste caso em específico é, no mínimo, curioso analisar como o Relator Guilherme G. Strenger discorreu acerca dos fundamentos que embasaram seu voto.

Trata-se de caso no qual o réu foi condenado no mínimo estipulado pela lei 6.368/76, ou seja, 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa. Partindo do princípio que o cálculo se deu no mínimo na pretérita lei, uma vez confrontado com a nova legislação, o raciocínio foi perpetuado, ou seja, as penas também foram impostas no mínimo: corporal de 5 (cinco) anos e pecuniária de 500 (quinhentas) dias-multa. Destaca-se que, de acordo com o Senhor Relator, só cabe a esse raciocínio tal analogia porque as ações típicas do art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76, viram-se repetidas no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06.

Partindo do pressuposto de que as circunstâncias judiciais do agente permitiram a fixação da pena-base no mínimo legal da lei vigente à época dos fatos, uma vez deparado com o parágrafo 4º do art. 33 do novo diploma – que prevê redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) –, o Desembargador afirma que “é intuitivo concluir que a nova minorante, na questão penal *sub judici*, deverá ser aplicada em seu índice redutor máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), de modo que as reprimendas totalizarão um ano e oito meses de reclusão [...]”.²²

Quanto à sanção pecuniária imposta pelo novel sistema, o senhor Relator Guilherme Strenger entendeu que, por ser indiscutível seu caráter mais gravoso, deveria ser aplicada aquela mais branda do sistema jurídico anterior e fundamentou seu entendimento no precedente TACRIM-SP – Ap. 157.219, Rel. Adalberto Spagnuolo, j. em 01/07/1077, RT 509/392 – que versa sobre fenômeno semelhante ocorrido na década de 70, quando da sucessão da lei 5.726/71 pela lei 6.368/76. Neste caso, a pena prisional impositiva segundo os

²² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 11ª Câmara do 6º Grupo da Seção Criminal. Apelação Criminal n. 964.448.3/5. Ementa [...] Relator: Guilherme G. Strenger. Diadema, SP, 18 out. 2006. DJE 06 dez. 2006.

critérios da lei de 1971 era mais branda, enquanto a pena de multa prevista na lei de 1976 era mais moderada.

Adotando tais raciocínios e baseado no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, tornou-se imperiosa a conservação da pena de multa definida segundo os padrões da Lei 6.368/76, alterando-se, tão-somente, sanção privativa de liberdade, evidentemente mais benéfica conforme os critérios da nova Lei de Tóxicos.

Em síntese: o acusado deve restar condenado às penas de um ano e oito meses de reclusão e ao pagamento de cinquenta dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado.²³

É cristalino o que se depreende desse voto: a linha de raciocínio que alinhavará os argumentos fervorosos das duas correntes oponentes na doutrina e jurisprudência de todas as instâncias.

Explico.

Ocorre que, quanto à aplicação do parágrafo 4º do art. 33 da lei 11.343/06, para não incorrer em uma combinação de leis sob a justificativa da retroatividade da lei mais benéfica, o Senhor Relator recorre ao princípio da analogia, confrontando a conduta que se deu na vigência da pretérita legislação com a conduta tipificada pela nova redação. Constatada uma mera repetição das condutas, ele se viu autorizado a encaixar a conduta do caso concreto na pena mínima da novel legislação, para só então falar em cabimento da redução prevista pelo parágrafo 4º. Ou seja, nesse primeiro ponto, ele não desmembrou a lei visando à retroatividade da lei penal mais benéfica e, como poderá ser verificado adiante, é também este o entendimento de boa parte da jurisprudência.

²³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 11ª Câmara do 6º Grupo da Seção Criminal. Apelação Criminal n. 964.448.3/5. Ementa [...] Relator: Guilherme G. Strenger. Diadema, SP, 18 out. 2006. DJE 06 dez. 2006.

Por outro lado, quanto à sanção pecuniária, ele lança mão do instituto da ultratividade da lei penal mais benéfica, qual seja, no caso concreto, a pena de multa da antiga lei. Ao se valer deste instituto, ele desmembra aquela parte do diploma anterior para combinar com a pena corporal do novo diploma e, assim, chegar às penas corporais e pecuniárias que considera mais justas para serem aplicadas ao réu.

Na Apelação Criminal n. 1.002.701.3/7 da Comarca de São Paulo, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 28 de Fevereiro de 2007, resta indiscutível e evidente o embate que se trava entre os magistrados que se encontram diante da questão.

O Senhor Relator, Desembargador René Nunes, ao se manifestar sobre o objeto daquela ação – réu condenado a 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, por infração ao art. 12, *caput* da lei 6.368/76 – entendeu que “o recorrente deve ser beneficiado pelo disposto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06. Por outro lado, considerando-se a grande quantidade de entorpecentes apreendida em seu poder, entendo que a sanção deve ser mitigada em apenas 1/6. Assim, resta ele condenado à pena de dois anos e seis meses de reclusão, mais pagamento de quarenta e um dias-multa”.²⁴

Nesta ocasião, o Senhor Desembargador Sérgio Coelho divergiu quanto à aplicação da causa especial de diminuição de pena expressa no art. 33, parágrafo 4º, da nova lei. Segue, a partir daqui, na sua declaração de voto, um riquíssimo estudo cheio de referências no sentido de fundamentar a não razoabilidade e não cabimento da pretendida combinação de normas.

²⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 9ª Câmara do 5º Grupo da Seção Criminal. Apelação Criminal n. 1.002.701.3/7. Ementa [...] Relator: René Nunes. São Paulo, SP, 28 fev. 2007. DJE 27 abr. 2007.

Ele inicia sua tese comparando as duas leis e observa que a nova redação discrimina de forma mais severa o tráfico ilícito de drogas no art. 33, *caput*, exasperando não somente via pena corporal, que passa a ser de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, mas também na pena pecuniária, agora de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Pincela, ainda, as várias causas de aumento previstas no art. 40 da lei posterior que antes não existiam e, inclusive, os novos critérios para o cálculo das penas.

Nesse diapasão, o julgador depara-se com um conjunto de regras novas – no seu conjunto, mais gravosas ao réu – e, portanto, não é possível pinçar somente a causa especial de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33, sob o pretexto de beneficiá-lo. E essa impossibilidade firma-se, justamente, pelo fato de este parágrafo estar inserido em contexto diverso daquele contemplado pela lei anterior, cuja vigência já previa penas mais brandas que a novel lei.

Este é também o entendimento de respeitáveis doutrinadores como Nelson Hungria *in* Comentários ao Código Penal, v. 1, 4ª. ed., Forense, p.112; Bento de Faria *in* Código Penal Brasileiro, Parte Geral, v. II, p. 103; Edmilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez *in* Direito Penal – Parte Geral, Saraiva, 2004, p. 195; Alexandre José de Barros Leal Saraiva *in* Direito Penal – Parte Geral, Del Rey, 2003, p. 11; Guilherme de Souza Nucci *in* Código Penal Comentado, 4ª. ed., RT, 2003, p.53; e muitos outros ilustres criminalistas como Cláudio Heleno Fragoso, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Paulo José da Costa Júnior e Giulio Battaglini. No direito alienígena, são mencionados: Cerezo Mir *in* Curso de Derecho Penal Español, Madrid, Tecnos, 1985, v. 1, p. 224; Mourullo *in* Derecho Penal, Madrid, Civitas, 1978, p. 192; Claux Roxin *in* Derecho Penal – Parte General, t. I, p. 167-168;

Aliás, esta é a oportunidade em que o Senhor Relator designado cita como precedente do Supremo Tribunal Federal o HC 68.416-5/DF, no qual o Ministro Relator, Senhor Paulo Brossard, deixou expresso em seu voto que “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”.²⁵

Como se não bastasse, o Desembargador Sérgio Coelho, sutilmente, esmiúça a questão ao traçar um link análogo entre a lei 9.271/96, que deu nova redação ao art. 366 do CPP, com o caso concreto em voga. Nos seus dizeres:

[...] não foram poucos os que, num primeiro momento, se manifestaram pela aplicabilidade parcial da lei, através de cisão do texto legal, aplicando-se aos feitos em andamento somente a parte mais benéfica ao réu, qual seja, a suspensão do processo, e deixando-se de lado a suspensão do curso do prazo prescricional, até que a Corte Suprema, como sói acontece, colocou as coisas nos seus devidos lugares, reconhecendo que a lei nova alcançava somente as infrações penais cometidas a partir de sua vigência, e não as anteriores (HC 74.695/SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 9.5.97, HC 75.284/SP, rel. Min. Moreira Alves, DJU 21.11.97, HC 76.368-9/RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 5.2.99, etc.).²⁶

Por fim, finaliza seu voto, lúcido e sucintamente:

[...] mais se acentua esse entendimento quando se verifica que a incidência da lei nova nos processos em que a imputação tem como fundamento legal o art. 12 da lei 6.368/76 poderia reduzir a pena de 3 (três) anos para 1 (um) ano de reclusão, com a incidência da diminuição máxima de 2/3 prevista no parágrafo 4º do seu art. 33, ensejando, assim, ao menos em tese, a possibilidade de suspensão condicional do processo ao crime assemelhado a hediondo, o que, convenhamos, não condiz com o espírito da lei nova, de reprimir mais severamente o comércio ilícito de entorpecentes, nem com o tratamento rigoroso que o legislador constitucional impôs ao traficante de drogas (CF, art. 5º, XLIII).²⁷

²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC n. 68.416/DF. Ementa [...] Relator: Paulo Brossard. Brasília, DF, 08 set. 1992. DJ 30 out. 1992.

²⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 9ª Câmara do 5º Grupo da Seção Criminal. Apelação Criminal n. 1.002.701.3/7. Ementa [...] Relator: René Nunes. São Paulo, SP, 28 fev. 2007. DJE 27 abr. 2007.

²⁷ Ibidem.

Veemente posicionamento contrário é o do Senhor Desembargador René Ricupero, quando do seu voto na Apelação Criminal n. 895.085.3/0-00 da Comarca de Taquarituba, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 9 de Novembro de 2006.

O caso concreto, nesta ocasião, versa sobre réu condenado, inicialmente, a 4 anos e 8 meses de reclusão mais pagamento de 77 dias-multa, como incurso no art. 12, *caput*, e art. 18, inciso III, ambos da lei 6.368/76. Diz-se inicialmente porque, na análise desta ação, a majorante do art. 18, inciso III da lei 6.368/76 – associação eventual para o tráfico – não foi recepcionada pela lei 11.343/06 e, por isso, a sanção inicial foi revista. Com a desclassificação, a pena-base do réu passou a ser de 3 anos de reclusão mais 50 dias-multa.

O Senhor Desembargador entendeu incidir sobre esta pena-base a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da lei 11.343/06 por estarem presentes os requisitos essenciais à sua concessão, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Ele intuiu que o dispositivo em apreço criou causa de redução de pena obrigatória – cumpridos os requisitos – mais favorável ao agente, que inexistia na lei 6.368/76, já revogada.

Sob o foco do art. 5º, XL, CF/88, e do enunciado do parágrafo único do art. 2º do CP, ao discorrer acerca das penas mínimas cominadas antes e depois, entendeu restar inequívoco a pena anterior ser a mais benéfica e, portanto, é sobre ela que deve incidir a redução obrigatória criada pelo novo diploma. Na sua argumentação, defende:

O réu que responde por tráfico de entorpecentes praticado na vigência da lei 6.368/76 tem, por assim dizer, o direito adquirido, como consequência do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal, à aplicação da pena-base de 3 anos de reclusão (salvo, obviamente, a agravação resultante das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP). Neste ponto, não se pode aplicar a lei penal nova, que é mais rigorosa que a anterior. No entanto, a lei

nova criou causa de diminuição da pena-base, inexistente na lei revogada. Satisfeitos os requisitos legais, a redução, que é obrigatória, se opera sobre a pena-base mínima cominada na lei 6.368/76. Aproveita-se o que é favorável ao acusado na lei em vigor à época do fato (pena mínima de 3 anos) e o que beneficia no novo diploma legal (redução da pena ao réu primário, de bons antecedentes que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organizações criminosas).²⁸

Depois de citar a doutrina do respeitável professor Damásio E. de Jesus *in* Código Penal Anotado, Saraiva, 16^a. ed., 2004, p.10/11, seu voto é selado com a causa de redução mínima de 1/6, totalizando, ao condenado, pena final de 2 anos e 6 meses de reclusão mais 41 dias-multa.

Um terceiro ponto de vista foi o adotado pelo Relator designado, Senhor Desembargador Segurado Braz, na Apelação Criminal n. 490.262.3/6-00 da Comarca de Americana, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no dia 06 de Fevereiro de 2007.

Nesta situação fática, o réu foi condenado à pena mínima de 3 anos de reclusão mais pagamento de 50 dias-multa, como incurso no art. 12, *caput*, da lei 6.368/76. Julgando cabível a aplicação do parágrafo 4º do art. 33 da lei 11.343/06, citou jurisprudências que esposam seu entendimento, tais como Vicente Cernicchiaro *in* Vacatio Legis – Lei Penal Inconstitucional *in* Boletim n. 35 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – novembro de 1995, p. 16; Damásio E. de Jesus *in* Direito Penal, 17^a. ed., Saraiva, 1993, vol. 01, p.78; Carlos Maximiliano *in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, Livraria Freitas de Barros, 1961, p.306/307;

Entretanto, inovou na visão que ainda é, até então, uma manifestação tímida, qual seja, a aplicação do parágrafo sobre a própria pena-base da nova lei. Ele não desenvolveu

²⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 13^a Câmara do 7º Grupo de Seção Criminal. Apelação Criminal n. 895.085.3/0-00. Ementa: [...] Relator: Rene Ricupero. Taquarituba, SP, 09 nov. 2006. DJE 16 jan. 2007.

tão a fundo o raciocínio, como poderá ser visto mais adiante entre os embates que se travam atualmente na doutrina e jurisprudência, mas limitou-se a dizer:

Há de se ponderar que não se trata de combinação de leis, mas aplicação do princípio da retroatividade benigna tratando com menor rigor situações pretéritas idênticas àquelas também tratadas pela nova lei. Assim, mantém-se a pena base de 05 anos de reclusão fixada na lei 11.343/06 e reduzindo-se em 2/3, resta definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, mantendo a pecuniária de 50 dias-multa em face da situação econômica do embargante.²⁹

2.2 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

A Apelação Criminal n. 2007.050.02160 da Comarca de Niterói, julgada pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no dia 03 de Julho de 2007, traz o caso concreto de condenado à pena e sanção mínimas previstas no art. 12 da Lei 6.368/76. O réu pleiteia a revisão da reprimenda a ele imposta, com base na redução prevista pelo parágrafo 4º da *lex nova* sobre a pena da *lex antiga*.

A Senhora Relatora, Desembargadora Nilza Bitar, quando do proferimento do seu voto acerca do pleito, foi enérgica ao execrar a mera cogitação acerca dessa possibilidade. Ela defende que o parágrafo 4º não é uma regra autônoma com vida própria. Segundo ela, “cuida-se de norma cuja existência está indelevelmente ligada ao *caput*, o qual, por se tratar de norma mais gravosa, não poderá retroagir”³⁰.

É este o fundamento que a leva a entender que a irretroatividade da norma contida no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06 impede a retroatividade parcial do parágrafo 4º. Ora, a impossibilidade de combinar a norma mais branda, ínsita no artigo 12 da Lei 6.368/76,

²⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal n. 490.262.3/6-00. Ementa: [...] Relator: Segurado Braz. Americana, SP, 06 fev. 2007. DJE 19 abr. 2007

³⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Vara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.050.02160. Ementa: [...] Relatora: Nilza Bitar. Niterói, RJ, 03 jul. 2007. DJE 23 jul. 2007.

com a causa de diminuição prevista na lei nova faz-se mister sob pena de gerar uma debandada geral de traficantes beneficiados por um rearranjo de leis.

Idêntico entendimento é o da maioria dos Senhores Desembargadores que integram a Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando se manifestaram na Revisão Criminal n. 51/07 – julgada no dia 12 de setembro de 2007 –, referente ao processo n. 2007.053.00051. O condenado, igualmente condenado nas penas mínimas da Lei 6.368/76, pleiteou a redução do parágrafo da lei subsequente. A Senhora Relatora, Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, foi precisa ao deixar claro, em primeiro lugar, que a Constituição Federal não atribui poder legiferante aos Magistrados, não cabendo a eles, portanto, realizar a fusão de duas leis. Em seguida, o voto fundamenta a ligação umbilical entre o parágrafo 4º e o *caput* do artigo 33 e, devido ao caráter mais gravoso da *lex* posterior, conclui incabível a retroação pretendida.

Sob outra ótica, o problema foi enfrentado na Apelação Criminal n. 2007.050.02694, julgada no dia 24 de julho de 2007 pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Nesta ocasião, o Ministério Público revestiu-se de Apelante contra decisão monocrática que condenou o réu ao mínimo previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 e, sobre essa pena, aplicou a redução máxima prevista no parágrafo 4º da Lei 11.343/06, qual seja, 2/3 (dois terços), totalizando uma penal final de 1 ano e 2 meses de reclusão.

A Senhora Relatora, Desembargadora Kátia Maria Amaral Jangutta, salienta, no primeiro momento:

[...] em matéria de direito penal, o princípio do *tempus regit actum* sofre exceção de índole constitucional prevista no artigo 5º, XL, da Carta Magna, a saber, a retroatividade da lei mais benigna, e a respeito do maior benefício

que o agente pode obter, é preciso analisar se a lei ampliou os direitos de liberdade do indivíduo, no que, então, deverá ser considerada como mais favorável.³¹

Tomando como ponto de partida a análise da lei que, no seu conjunto, traz mais benefícios ao agente e amparada na convicção de que não cabe aos magistrados dividir normas para aplicar somente às partes mais benéficas, a Senhora Desembargadora demonstra que – ainda que utilizada como base de cálculo a pena prevista no artigo 33 da nova lei – é possível atingir pena inferior a 3 anos, dependendo do grau de redução aplicado. Sendo este o caso, a lei nova é, no seu conjunto, mais benéfica ao agente, ainda que se tenha partido da pena mínima de 5 anos, mais grave que a pena anterior.

Momento oportuno em que cita, no seu voto, as lições do doutrinador

Álvaro Mayrink:

Para determinar a maior ou menor benignidade de uma lei em comparação com outra ou outras, deve-se observar a totalidade dos elementos integrativos da lei penal, e como tal, todas as suas conseqüências. Uma lei pode ser mais benigna que outra por vários fatores, embora não existam pautas de comparação que aprioristicamente permitam tal fixação. No nosso entendimento os critérios generalistas não apresentam qualquer resultado positivo, e a tarefa comparativa só pode realizar-se no caso concreto em julgamento.³²

2.3 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

A controvérsia não é diferente nas comarcas mineiras que se deparam com o julgamento do tema. Na Apelação Criminal n. 1.0480.083395-5/001 da Comarca de Patos de

³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.050.02694. Ementa: [...] Relatora: Katia Maria Amaral Jangutta. Rio de Janeiro, RJ, 17 jul. 2007. DJE 22 ago. 2007.

³² MAYRINK, Álvaro. **Direito Penal, Parte Geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. 1, Tomo I, p. 400/401.

Minas, julgada dia 20 de maio de 2008 pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Senhor Relator vencido, Desembargador Adilson Lamounier, condenou o réu como incurso no artigo 12 da lei 6.368/76 nas penas de 4 anos e 6 meses mais 80 dias-multa.

O Senhor Relator designado, Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, que divergiu quanto à análise das circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base por considerá-las exacerbadas, fixou a pena-base em 3 anos de reclusão mais 50 dias-multa. Visto que o acusado preencheu todos os requisitos descritos no parágrafo 4º do art. 33 da lei 11.343/06 – é primário, tem bons antecedentes, não integra organização criminosa e nem se dedica a atividades criminosas – concederam-lhe a redução sobre a pena revisada. Para tal, declarou admitir a conjugação de partes de duas ou mais leis favoráveis que visem beneficiar o agente do fato delitivo:

Repilo, portanto, a idéia de que tal conjugação levaria à criação de uma terceira lei (*lex tertia*) não pretendida pelo legislador, gerando ofensa ao princípio da separação de poderes e transformando o magistrado em legislador positivo.³³

Sobre o tema, tem-se o claro posicionamento do respeitado doutrinador

Rogério Greco:

A Combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios da ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a lei anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na lei posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos a ser aplicados, a exemplo do que ocorreu com as Leis 6.368/76 e 11.343/06, onde a pena mínima cominada ao delito de tráfico de drogas era de 3 (três) anos (revogado art. 12), sendo que a *novatio legis* a aumentou para 5 (cinco) (atual art. 33). No entanto, a nova Lei previu, em seu art. 33 parágrafo 4º, uma causa especial de redução de pena que não constava da Lei anterior. Assim, deverá o julgador, na hipótese de crime de tráfico ocorrido na

³³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 5ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 1.0480.083395-5/001. Ementa: [...] Relator: Adilson Lamounier. Patos de Minas, MG, 20 mai. 2008. DJE: 07 jun. 2008.

vigência da Lei 6.368/76, além de partir, obrigatoriamente, da pena mínima de 3 (três) anos, aplicar, se o caso concreto permitir, a causa de redução prevista na Lei n. 11.343/06, conjugando, assim, em benefício do agente, os dois diplomas legais, em estrita obediência ao disposto no inciso XL, do art. 5º, da Constituição federal, que prevendo os princípios da ultra e da retroatividade benéficas, determina que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.³⁴

Já na Apelação Criminal n. 1.0386.05.002937-3/001 da Comarca de Lima Duarte, julgada pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o entendimento, como já é de se esperar, é o inverso. No caso do agente – condenado identicamente como incurso no art. 12 da Lei 6.368/76 a 3 (três) anos e 3 (três) meses – o Senhor Relator, Desembargador Eduardo Brum, ao se manifestar quanto ao pedido de incidência da causa de diminuição do parágrafo 4º, é categórico ao firmar seu entendimento de que a combinação das normas penais produz uma lei híbrida que abertamente viola o princípio da reserva legal. Nos seus dizeres:

[...] a aplicação da simbiose de textos legais produziria uma *lex tertia* de tóxicos que seria diversa tanto da antiga como da atual, o que acabaria por acarretar benefícios exagerados e injustos, não atingindo à dupla finalidade da pena. Notadamente a política criminal orientadora da nova Lei (*mens legis*) visou o recrudescimento da repressão às drogas, destacando-se que, inclusive, elevou a pena mínima cominada ao tráfico. Portanto, somente neste contexto de previsão legal mais rigorosa é que foram previstos eventuais benefícios para o traficante, e sua aplicação aos fatos praticados na vigência da Lei anterior acarretaria inegável injustiça, o que seria inadmissível.³⁵

É este o sentido que os julgadores da Segunda Câmara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, quando do julgamento da Apelação Criminal n. 1.0024.06.233273-9/001, adotam para denegar o pedido fundado nas mesmas razões.

³⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2007, p. 116/117.

³⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 1ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 1.0386.05.002937-3/001. Ementa: [...] Relator: Eduardo Brum. Lima Duarte, MG, 28 nov. 2006. DJE: 10 jan. 2007.

A doutrina de Guilherme de Souza Nucci, utilizada no fundamento deste voto, é clara:

Causa de diminuição de pena: cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, *caput*, ou parágrafo 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode-se valer de pena mais branda.³⁶

O senhor Relator conclui reforçando a ideia de que o benefício só deve ser aplicado dentro do contexto da nova Lei, uma vez que o fim é diferenciar os tipos de traficantes de drogas: os comandantes do tráfico são punidos com mais rigor, enquanto seus subordinados recebem penas mais brandas, dosadas de acordo com seu grau de culpabilidade.

2.4 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Circunstância assombrosa foi a deflagrada junto às Turmas Criminais do TJDF. É possível expor a divergência do entendimento dentro de uma mesma Turma que, ao enfrentar as mesmas causas de pedir, ora votou pela denegação da ordem no Habeas Corpus, ora pela concessão da ordem. Nas duas ocasiões, a decisão foi unânime e pelo menos dois desembargadores participaram dos julgamentos em que proferiram votos conflitantes, quais sejam a Senhora Desembargadora Nilsoni de Freitas e o Senhor Desembargador Roberval Casemiro Belinati.

Passo à riqueza dos detalhes.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 33.

No Habeas Corpus n. 2008.00.2.004430-8, julgado no dia 19 de junho de 2008 pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a Senhora Relatora, Desembargadora Nilsoni de Freitas, acompanhada dos vogais, Desembargadores Souza e Ávila e Roberval Casemiro Belinati, decidiu por denegar a ordem, unânime. O réu fora condenado como incurso no artigo 12 da Lei 6.368/76 a 3 anos de reclusão mais 50 dias-multa, ou seja, no mínimo legal.

No pleito, requereu concessão da ordem para que fosse determinada a incidência da causa especial de diminuição de pena, prevista no parágrafo 4º, art. 33, Lei 11.343/06.

No discorrer do voto, a Senhora Relatora esclareceu que a aplicação da norma prevista no parágrafo 4º do referido artigo sobre a pena concretizada com base no artigo 12 da Lei 6.368/76 resultaria em combinar as partes mais benéficas dos diplomas legais. Sua convicção é fundada na impossibilidade dessa combinação:

A primeira medida pleiteada é contrariada pelo entendimento sufragado por esta egrégia Turma e, também, pela Câmara Criminal, no sentido de que não é dado ao Poder Judiciário combinar elementos da lei revogada (Lei 6.368/76) e da lei atual (Lei 11.343/06) para beneficiar o réu, sob pena de o julgador substituir o legislador na criação de uma terceira lei.³⁷ [grifo nosso]

Visando recrudescer seu posicionamento, a Desembargadora passa, então, a citar jurisprudência do próprio TJDFT e do STJ que dispõem dos mesmos argumentos por ela utilizados.

O espanto vem a seguir.

³⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 2ª Turma Criminal. HC n. 2008.00.2.004430-8. Ementa: [...] Relatora: Nilsoni de Freitas. Brasília, DF, 19 jun. 2008. DJE: 12 nov. 2008.

Ocorre que no Habeas Corpus n. 2008.00.2.016392-1, julgado no dia 18 de dezembro de 2008 pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o Senhor Relator, Desembargador Sérgio Rocha, acompanhado dos vogais, Desembargadores Nilsoni de Freitas e Roberval Casemiro Belinati – Relatora e vogal, respectivamente, no acórdão supracitado –, decidiu por conceder a ordem.

O Senhor Relator Sérgio Rocha, na oportunidade do julgamento deste Habeas Corpus, personificou a parcela da jurisprudência da capital do país que é fervorosa ao deliberar sobre o cabimento retroativo do parágrafo 4º e foi acompanhado dos Desembargadores que outrora se manifestaram contra!

Neste caso concreto, o réu – condenado como incurso no art. 12 da Lei 6.368/76 – teve reconhecido o direito da aplicação retroativa do art. 33, parágrafo 4º, Lei 11.343/06, por se tratar, nos dizeres do nobre Relator, de norma material benéfica ao acusado, não prevista na legislação anterior, 6.368/76.

Como fundamento do seu posicionamento, o Desembargador, como já é de se esperar, cita julgados da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça bem como decisões no mesmo sentido da própria casa. É importante frisar, neste momento, que a Segunda Turma Criminal do TJDFT refere-se a tais jurisprudências como majoritárias e dominantes no que tange à discussão do problema:

Observa-se, assim, que a Corte e este e. Tribunal vêm admitindo a integração entre a lei 6.368/76 e a 11.343/06, para fazer incidir a causa de diminuição de pena descrita no art. 33, parágrafo 4º, da Lei Antidrogas, sobre a pena cominada na Lei 6.368/76.³⁸ [grifo nosso]

³⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 2ª Turma Criminal. HC n. 2008.00.2.016392-1. Ementa: [...] Relator: Sérgio Rocha. Brasília, DF, 18 dez. 2008. DJE: 01 abr. 2009.

Isto é o suficiente para que o Relator e vogais votem pela admissão da aplicação retroativa do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, mesmo quanto à pena cominada na Lei 6.368/76.

Conclui-se, pois, ser este o raio-x do desnorтеio que assola não só a Segunda Turma Criminal do TJDFT, mas todas as Turmas e Câmaras Criminais espalhadas pelos Estados da federação.

A análise que passa a ser feita adiante reproduz a forma em que o tema é destrinchado nas instâncias superiores – se é que se pode falar em desenredar tal polêmica.

3 ESTUDO JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O julgamento da matéria penal, dentro da estrutura do Superior Tribunal de Justiça, é de competência das Quinta e Sexta Turmas. Esta é a razão pela qual as decisões aqui destrinchadas e as referências feitas ao Egrégio Tribunal serão automaticamente remetidas a estas Turmas.

Neste capítulo, o objeto do estudo jurisprudencial fixar-se-á nas decisões monocráticas dos Senhores Ministros, quando dos pedidos de *Habeas Corpus* impetrados na Casa.

Cumprir-se-á atentar que esta abordagem difere-se daquela de outrora feita sobre as decisões dos Tribunais Estaduais. Lá, o objetivo fora o de demonstrar a existência do problema. Aqui, o foco do estudo responsabilizar-se-á por identificar e traçar os pontos que, mais tarde, ao serem interligados, determinarão a gravura estampada nas decisões das combatentes supracitadas turmas do Egrégio STJ.

3.1 Guerra Fria

Em analogia à História mundial, no que tange ao período pós-Segunda Guerra Mundial, a expressão Guerra Fria conotaria perfeitamente, ressalvadas as devidas proporções, o confronto discreto – porém direto – estabelecido entre as Quinta e Sexta Turmas.

Não é necessário ser o mais atento dos observadores para depreender que, mesmo de uma leitura superficial das decisões das Turmas, floresce uma rica batalha de fundamentos, razões, princípios e preceitos, anteriormente já constatados nas instâncias inferiores. Ou seja, a novidade não é o entrave em si, mas como o posicionamento formal das Turmas pode influenciar no debate da matéria quando no Plenário do Supremo Tribunal Federal – mas esta é uma reflexão que será abordada no momento oportuno.

Por hora, determinar-se-ão as teses defendidas pelas Turmas.

3.1.1 Quinta Turma, STJ

A Quinta Turma é composta pelos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho (presidente), Félix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Jorge Mussi.

No Habeas Corpus n. 99.637-MG, julgado no dia 02 de Setembro de 2008, a Senhora Ministra Relatora, Laurita Vaz – diante da situação fática de Paciente condenado a 03 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76 – concedeu parcialmente a ordem para determinar ao Tribunal de origem que, uma vez atendidos por parte do agente os requisitos do parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, fosse fixado o percentual de redução previsto, devendo este incidir sobre o *caput* do mesmo artigo, caso fosse o mais benéfico ao paciente.

A Senhora Relatora sustentou que, embora corrente contrária, quanto à espécie, não se pode conceber a combinação de leis. Sua tese é defendida pelo argumento de que a “minorante inculpada no parágrafo 4º do art. 33 é regra dirigida ao *caput* do mesmo

artigo, não podendo o juiz cindir a norma para aplicá-la somente em parte, em combinação com outra, criando uma terceira, sob pena de se transmutar em legislador”³⁹.

Vedada, pois, a aplicação parcial do art. 33, o próximo passo foi o de identificar, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, qual das normas seria a mais benéfica ao réu. No caso concreto, a causa especial de aumento aplicada sobre a pena de 05 (cinco) anos – que é a pena do *caput* do art. 33 da Lei. 11.343/06 – pode reduzir-se para menos de 03 (três) anos a depender da fração redutora, passando, assim, a ser mais benéfica do que a antiga.

Motivo pelo qual entendeu caber à instância ordinária aferir a situação do Paciente quanto aos requisitos subjetivos do parágrafo 4º – primariedade, bons antecedentes, não-dedicação a atividades ou organizações criminosas – para que, encaixando-se a hipótese e calculada a redução, restasse indiscutível ser esta ou aquela a lei mais benéfica ao réu.

Como será possível depreender logo mais, este voto da Senhora Relatora Laurita Vaz representa fidedignamente o posicionamento adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando confrontados com o tema. Votaram com a Relatora os Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Félix Fischer. Portanto, decisão unânime.

Esta constatação é corroborada no Habeas Corpus n. 116.658-SP, julgado no dia 03 de Fevereiro de 2009 sob Relatoria do Senhor Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Nesta oportunidade, o caso concreto confronta acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve condenação por tráfico de drogas praticado na vigência da lei

³⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. HC n. 99.637/MG. Ementa: [...] Relatora: Laurita Vaz. Brasília, DF, 02 set. 2008. DJE 29 set. 2008.

pretérita e que, embora na fase inicial do processo não se tenha concluído a participação da Paciente em organização criminosa, também não foi concedida a benesse do parágrafo 4º do art. 33 pelo referido Tribunal.

Ao denegar a ordem, o Senhor Relator defende sua tese sob três perspectivas: a de que a redução de 1/6 a 2/3, previstas pelo parágrafo 4º, art. 33 da novel lei, objetivou **suavizar a situação do acusado** primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa; que o parágrafo 4º faz **referência expressa ao caput do art. 33** da Lei 11.343/06, sendo parte integrante deste, aumentando a pena mínima do tráfico de 03 (três) para 05 (cinco) anos. Sua razão de ser, portanto, estaria neste aumento direcionado a afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado, diante da situação concreta, mitigar a sanção devida ao traficante atuante e àquele ocasional; e que 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 interna do sistema, criando situações desarrazoadas e incongruentes.

Oportunidade em que evidencia o entendimento de que, embora o parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação de pena – tema regulado no Código Penal Brasileiro –, mostra-se indevida e inadequada a combinação de leis com aplicação retroativa àquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76.

Sua convicção fixa-se, pois, em consonância com o atendimento à regra constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. Sem que se quebre a unidade lógica do sistema jurídico, vedando ao intérprete da Lei extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, aponta a solução para a aplicação, em sua integralidade, de uma ou outra Lei, competindo ao Magistrado singular, da Vara de Execuções Criminais e do Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado.

Votaram com o Senhor Relator, unanimemente, para denegar a ordem, os Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima – ausente o Ministro Félix Fischer.

Conforme outrora dito, apesar de ser este o posicionamento oficial da Quinta Turma, não significa que ele seja o real entendimento particular dos Ministros.

No Habeas Corpus n. 103.513-MG, julgado no dia 28 de Outubro de 2008 sob Relatoria do Senhor Ministro Jorge Mussi, é expresso seu apontamento de que, embora pessoalmente a favor da aplicação dos ditames mais benéficos da nova Lei de Tóxicos aos fatos cometidos anteriormente à sua vigência, seu voto segue a orientação da Quinta Turma, qual seja a não combinação dos dispositivos atual e pretérito, devendo ao julgador ordinário aplicar a redução prevista sobre o *caput* do próprio art. 33 e então analisar, no conjunto, qual das duas leis mostra-se efetivamente de caráter mais benéfico ao Paciente.

Eis os detalhes.

O caso concreto trouxe a lume pleito pela aplicação da causa de diminuição do parágrafo 4º do art. 33 a crime cometido na vigência da lei anterior. Desde já, o Ministro

destacou estar-se diante de questão que se cinge, unicamente, à possibilidade ou não de combinação de leis no tempo.

É este o momento em que o Senhor Relator defende seu ponto de vista, alegando que o crime definido no *caput* do art. 33, da nova legislação de tóxicos, é praticamente o mesmo pelo qual foi condenado o Paciente – art. 12 da Lei 6.368/76 –, sendo que o legislador modificou tão-somente as penas mínima e máxima cominadas abstratamente para o delito. Destarte, a nova causa especial de diminuição da reprimenda aplicar-se-ia perfeitamente ao caso em exame, posto que se trata de norma de caráter preponderantemente penal e, sendo mais benéfica, faz-se imperiosa imediata e retroativamente aos crimes cometidos anteriormente à sua vigência, independentemente da fase na qual se encontra.

Inúmeros são os julgados da Sexta Turma que o Relator colaciona no sentido de basear seu posicionamento, além de citar o doutrinador Fernando Capez. Mas, embora seguro do seu posicionamento, o Ministro opta por decidir de acordo com o entendimento da Quinta Turma, à qual pertence.

3.1.2 Sexta Turma, STJ

A Egrégia Sexta Turma, quanto à orientação carimbada nos votos dos seus Ministros, de forma geral, tende a não só refutar o posicionamento da Quinta Turma como sustentar justamente todos os argumentos rechaçados por aquela, mormente os já defendidos pelas instâncias inferiores. A Turma, à época dos votos aqui colacionados, era composta pelos Ministros Nilson Naves (presidente), Jane Silva – Desembargadora convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais –, Paulo Gallotti – recentemente aposentado em 01 de Agosto de 2009 –, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes.

Infindáveis são as referências que poderiam ser acostadas nesta pesquisa. Entretanto, três foram as pinçadas do arcabouço jurisprudencial da referida Turma por demonstrarem-se extremamente satisfatórias na missão de hastear a bandeira representante da orientação destes colendos julgadores.

No Habeas Corpus n. 83.716-SP, julgado no dia 06 de Junho de 2007 sob a Relatoria da então Desembargadora convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Jane Silva, diante de idêntica situação fática como aquelas que aqui já foram acostadas, retomou noções e princípios constitucionais para embasar seu posicionamento no sentido de conceder a ordem.

Sustentou que a Carta Suprema não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna e que o Código Penal Brasileiro, ao esclarecer esta questão, traz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, lei posterior que seja de qualquer modo mais favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores.

Razão esta que enseja a redução prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, devendo ter aplicação retroativa sempre que vislumbrada a possibilidade de benefício ao réu, mesmo que transitado em julgado a condenação.

É idêntica a tese adotada pelo Ministro Relator Paulo Gallotti em seu voto no Habeas Corpus n. 88.114-MS, julgado no dia 12 de Novembro de 2007. Ele defende ser de rigor a aplicação retroativa do parágrafo 4º, “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”.⁴⁰

A Senhora Relatora Maria Thereza de Assis Moura, que julgou o Habeas Corpus n. 82.587-RJ no dia 06 de Maio de 2008, acrescentou, ainda, não se tratar da constituição de uma terceira lei a conjugação da Lei 6.368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, pois não há de se falar em óbice a essa solução visto que se trata de dispositivo benéfico ao réu e, dentro do próprio princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constitui-se, sim, solução transitória que deve ser aplicada ao caso concreto.

Depreende, pois, que todas as teses e argumentos já utilizados pelos Desembargadores dos Tribunais Estaduais foram retomados pela Sexta Turma no sentido de defender e compreender possível, legal e constitucional a combinação dos dois diplomas em face do seu benefício ao réu.

3.1.3 Terceira Seção, STJ

Quanto à organização do Superior Tribunal de Justiça, é cediço que as Quinta e Sexta Turmas compõem a Terceira Seção, competente para julgar as divergências decorrentes destas Turmas.

Para que esse julgamento ocorra, a fim de pacificar o entendimento entre as duas Turmas, o tema precisa ser afetado à Seção. Por todo o quadro configurado acima, prescinde o comentário de que o tema jamais foi suscitado na Terceira Seção.

⁴⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. HC 88.114/MS. Ementa: [...] Relator: Paulo Gallotti. Brasília, DF, 12 nov. 2007. DJE 17 nov. 2006.

Esta é a razão pela qual o próprio STJ, assim como todos os demais Tribunais Estaduais, continua a julgar em constante conflito de teses com os demais operadores do direito.

A análise que se faz a seguir, portanto, é a de verificar como esse duelo de cavalheiros influenciou (se é que influenciou), os votos dos Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal quando defronte à encruzilhada que, definitivamente, não é privilégio só dos julgadores singulares e colegiados estaduais do país.

4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma vez identificado, exposto, avaliado e dissecado o problema, ainda falta o último passo para chegar ao diagnóstico conclusivo.

E este passo será calcado aqui.

Para viabilizar esta tarefa tão almejada, resta colocar sob uma lupa a reação da Suprema Corte brasileira frente àquele bombardeio de teses. A partir de então, abraçar-se-á o imbróglio no sentido de, uma vez por todas, assentar o ladrilho por onde o entendimento e a orientação dominante galgarão seu destino.

4.1 Dos casos concretos sob a análise das Turmas do Supremo Tribunal Federal

Desde a publicação da Lei 11.343/06, no dia 24 de Agosto de 2006 e, mais especificamente, da sua vigência a partir do dia 08 de Outubro de 2006, até o presente ano, quatro foram os casos concretos que chegaram até o STF para que fosse feita a análise, tão exhaustivamente apresentada neste estudo, qual seja a possibilidade ou não de retroagir o parágrafo 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 em face do art. 12 da pretérita Lei, 6.368/76.

Coincidentemente, dos quatro casos que subiram para a análise da Corte Suprema – todos em sede de Habeas Corpus –, dois foram direcionados para a Primeira Turma, composta pelos Ministros Carlos Ayres Britto – presidente –, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia e Menezes Direito; os outros dois foram distribuídos para a

Segunda Turma, formada pelos Ministros Ellen Gracie – presidente –, Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Há ainda de se falar em um quinto caso, cuja via adotada foi a do Recurso Extraordinário. Este, na primeira quinzena de Junho de 2009, teve Repercussão Geral reconhecida e aguarda pauta para ser julgado em Plenário.

Ocorre que da dissecação dos quatro primeiros casos que chegaram ao Supremo, bem como o voto dos Ministros, a possibilidade de elaborar uma previsão cuja precisão seja quase cirúrgica é absurdamente favorável. E é este o desafio deste capítulo.

4.2 *Habeas Corpus* n. 95.435-9/RS

O *Habeas Corpus* n. 95.435-9⁴¹, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, foi o primeiro caso concreto que chegou à sede do Supremo Tribunal Federal. Distribuído para a Segunda Turma, foi inicialmente julgado no dia 07 de Outubro de 2008, novamente julgado no dia 21 de Outubro de 2008 e, finalmente, publicado no dia 07 de Novembro de 2008.

O remédio foi impetrado pela Defensoria Pública da União contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente da Quinta Turma, sob relatoria da Ministra Laurita Vaz, que indeferiu o pleito do benefício da redução do parágrafo 4º da novel lei em face do art. 12 da pretérita, mesmo o paciente cumprindo com os requisitos da nova legislação.

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC n. 95.435/RS. Ementa: [...] Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 21 out. 2008. DJE 09 nov. 2008.

A Ministra Ellen Gracie, relatora do HC impetrado, ao identificar como questão central do *writ* a possibilidade de combinação de normas incriminadoras relativas ao tráfico ilícito de entorpecentes, proferiu voto no sentido de ratificar a tese da Quinta Turma do Superior Tribunal, quando do indeferimento do HC naquela casa. A Senhora Ministra Relatora adotou o entendimento de que a lei mais nova tratou de modo mais severo o crime de tráfico. Razão pela qual o aumento da pena mínima de reclusão e a consequente inovação do parágrafo 4º fizeram surgir uma lei que, ao mesmo tempo em que agrava, beneficia.

Devido a esta peculiaridade, o caso concreto precisaria ser avaliado cuidadosamente. Ou seja. “Embora à primeira vista a Lei 11.343/06 pareça mais severa devido ao aumento da pena mínima – que passou de 3 (três) para 5 (cinco) anos –, merece ser destacado também que o legislador ampliou as possibilidades de individualização da pena pelo juiz, uma vez que trouxe novas causas de aumento e de diminuição e, ainda, alargou seu *quantum* de variação, permitindo uma adequação mais satisfatória da pena ao crime”⁴².

Nesta ocasião, o Supremo Tribunal Federal fixou seu entendimento no sentido de não ser possível a combinação de normas, com base no *Habeas Corpus* n. 68.416/DF, publicado em 1992, sob Relatoria do Ministro Paulo Brossard, da Segunda Turma, unânime, *in verbis*:

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. 5º, XL, da Constituição Federal e parágrafo único 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 beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. Habeas Corpus indeferido.

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC n. 95.435/RS. Ementa: [...] Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 21 out. 2008. DJE 09 nov. 2008.

Com sua convicção assentada nesses fundamentos, a Ministra Ellen Gracie finalizou seu voto reafirmando o entendimento de que não pode o julgador extrair dispositivos de forma isolada de um e outro diploma sob a pena de criar uma terceira lei, diferente daquela prevista nos sistemas jurídicos das Leis 11.343/06 e 6.368/76.

Depois do voto da Ministra Relatora indeferindo o pedido de *Habeas Corpus*, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Cezar Peluso. No dia 21 de Outubro de 2008, o julgamento foi retomado, com o voto-vista do eminente Ministro. Nele, o Senhor Ministro diverge da Ministra Relatora, deixando claro, de primeiro plano, que também não coaduna com a “mistura de regras e critérios de leis distintas para criar norma aplicável ao caso, sob pena de usurpação de atribuições constitucionais, em entrando o Judiciário a legislar”⁴³. Porém, ele destaca entender não ser este o caso em tela.

Aplicar a causa de diminuição não significa baralhar e confundir normas. Oportunidade em que rebate o precedente HC n. 68.416/DF citado pela Senhora Relatora. Segundo ele, o precedente antes reforça do que repele o argumento, já que se trata de hipótese de todo diversa, pois, naquele caso o impetrante efetivamente pretendia a criação de uma terceira regra:

Ali o impetrante queria ver aplicados, com relação à liberdade provisória, requisitos de lei nova com os de lei anterior sobre a matéria. Alegava fazer jus a livramento condicional por ter cumprido mais de um terço da pena (art. 83, I, do Código Penal, modificado pela Lei 7.209/84, de 11.7.84. A redação anterior, do art. 60, I, admitia concessão de tal medida após o cumprimento de mais da metade da pena). Mas a nova redação do Código Penal estatuiu requisito que não existia na legislação anterior: necessidade de o réu possuir bons antecedentes. Dessa forma, diminuiu o prazo para concessão de

⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC n. 95.435/RS. Ementa: [...] Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 21 out. 2008. DJE 09 nov. 2008.

liberdade provisória impondo outras condições. E o impetrante invocava o novo prazo, sem as condições novas.⁴⁴

Eis, pois, que a hipótese desse precedente é diferente desta, em que o instituto pode incidir independentemente de quaisquer outros critérios ou requisitos previstos nesta ou em outra lei.

O Senhor Ministro Cezar Peluso adota ainda as teses de que a causa de diminuição não se dirige somente ao *caput* da norma: refere-se, na verdade, às condutas nele descritas, as quais já eram tipificadas, em grande parte, na lei revogada; e que a finalidade da lei é a de diferenciar pequenos e grandes traficantes. Por isso, a causa de diminuição privilegia o agente primário, de bons antecedentes e cuja conduta se caracterize por ausência de habitualidade e caráter profissional. Finaliza seu voto defendendo estar diante de nada mais do que a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Importante frisar um detalhe: a Turma, por maioria, vencida a Relatora, concedeu a ordem de *Habeas Corpus* e estavam presentes a esta sessão os Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Como a decisão foi por maioria, conclui-se que o Ministro Joaquim Barbosa se mostrou simpatizante à tese do Ministro Cezar Peluso – ou optou por não se pronunciar frente ao tema. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC n. 95.435/RS. Ementa: [...] Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 21 out. 2008. DJE 09 nov. 2008.

4.3 *Habeas Corpus* n. 96.430-3/SP

O *Habeas Corpus* n. 96.430-3⁴⁵, oriundo do Estado de São Paulo, foi o segundo caso concreto impetrado junto ao Supremo. Distribuído novamente para a Segunda Turma, sob a relatoria da eminente Ministra Ellen Gracie, o remédio foi julgado no dia 09 de Dezembro de 2008 e publicado no dia 06 de Fevereiro de 2009.

A Defensoria Pública da União impetrou a ação contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente da Quinta Turma, sob relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegou a ordem por mostrar-se indevida e inadequada a aplicação retroativa do parágrafo 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, a situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76.

A Ministra Relatora sustentou sua tese de outrora – da não possibilidade de combinação de normas, sob pena de o julgador investir-se em legislador, criando uma terceira norma – e, inclusive, reiterou a citação ao precedente *Habeas Corpus* n. 68.416/DF de 1992, sob a relatoria do Ministro Paulo Brossard.

Isto posto, ressaltou que, ainda que no caso concreto se entendesse pela aplicação da Lei 11.343/06, não se encontram presentes os requisitos do parágrafo 4º do art. 33, visto que a Paciente ostenta maus antecedentes.

A Turma, à unanimidade, denegou a ordem de *Habeas Corpus*, nos termos do voto da Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso. Note-se que, nesta oportunidade, não se manifestaram em sentido contrário à tese e orientação da Ministra Ellen Gracie os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2a Turma. HC n. 96.430/SP. Ementa: [...] Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 09 dez. 2008. DJE 06 fev. 2009.

4.4 Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 95.615-7/PR

O Recurso Ordinário em sede de *Habeas Corpus* n. 95.615-7⁴⁶, oriundo do Estado do Paraná, foi o terceiro caso concreto a chegar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, sendo distribuído, nesta Corte, à Primeira Turma. O Recurso foi julgado no dia 10 de Fevereiro de 2009 e publicado no dia 13 de Março de 2009.

O remédio foi impetrado pelo Advogado do Paciente e questionava decisões tanto do Tribunal Estadual do Paraná quanto de acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal, que denegaram a ordem quanto à aplicabilidade da causa de diminuição prevista pelo novo sistema jurídico referente ao tráfico ilícito de drogas.

Embora intempestivo, o Ministro Relator, Senhor Menezes Direito, recebeu o recurso como *habeas corpus* substitutivo – por economia processual e em homenagem ao princípio da fungibilidade – porém, no mérito, denegou a ordem.

Quanto à almejada retroatividade da causa de diminuição, o Ministro Relator pontuou ser notório que a primariedade e os bons antecedentes não são suficientes à concessão do benefício, pois, nos termos da redação contida no parágrafo 4º do art. 33 do novo diploma, a aplicação da redução da pena depende, ainda, que o agente não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Não obstante não caber ao Supremo apreciar o conjunto probatório dos autos pela via estreita do *habeas corpus*, o Ministro retomou a sentença do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quando do desprovimento do Recurso de Apelação interposto pelo Paciente naquela instância, ressaltando o que fora afirmado pelos policiais que efetuaram a

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RCH n. 95.615-7/PR. Ementa: [...] Relator: Menezes Direito. Brasília, DF, 10 fev. 2009. DJE 13 mar. 2009.

prisão em flagrante: o Paciente, além de ser integrante de um grupo que se dedica ao tráfico ilícito de entorpecentes, fazia dessa atividade o seu meio de vida.

Fundado no não preenchimento dos requisitos do parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, por parte do Paciente e, principalmente, na tese de que o benefício criado pela nova lei deve ser visualizado de forma global, em consonância com a pena prevista no mesmo dispositivo – não sendo viável atribuir efeito benéfico que possibilite a retroatividade de apenas parte da norma para aplicar a diminuição sobre a pena prevista na antiga Lei de Entorpecentes – e que, por isso, é inadmissível utilizar a pena base prevista da Lei 6.368/76 somada à causa de diminuição contida na nova Lei – sob pena de incidir na criação de uma terceira norma –, o Ministro Relator denegou o *habeas corpus*.

A Turma foi unânime em indeferir o pedido, no mérito. Presentes os Ministros Carlos Ayres Britto – presidente da sessão –, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia e Menezes Direito, Relator.

4.5 Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 94.802-2/RS

O Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 94.802-2⁴⁷, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, foi o quarto caso concreto impetrado na Corte Suprema e distribuído, novamente, para a Primeira Turma. Igualmente sob a relatoria do Ministro Menezes Direito e, coincidentemente, julgado no mesmo dia 10 de Fevereiro de 2009, este foi publicado no dia 20 de Março de 2009. Há uma observação que merece destaque. Sem contar o primeiro *habeas corpus* que chegou à casa e que teve pedido de vista formulado pelo Ministro Cezar

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RHC n. 94.802-2/RS. Ementa: [...] Relator: Menezes Direito. Brasília, DF, 10 fev. 2009. DJE 20 mar. 2009.

Peluso, este é o primeiro caso concreto que ensejou uma discussão mais aprofundada da Turma quanto ao mérito, quanto ao problema central deste estudo desossado até aqui.

O recurso foi impetrado pela Defensoria Pública da União contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente da Quinta Turma, sob relatoria do Ministro Félix Fischer, que denegou a ordem quanto à aplicação da causa de redução com base no fundamento de o Paciente se dedicar a atividades criminosas.

O Ministro Relator, Menezes Direito, abraçou a tese trazida pelo Superior Tribunal de Justiça de que, a uma, não basta apenas o Paciente ser primário e ter bons antecedentes, mas precisa também não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa; a duas, a aplicação da norma é restrita às condenações ocorridas com base na Lei 11.343/06, não podendo, assim, a pretexto de se aplicar a lei mais benéfica, combinar partes diversas, porquanto isso implicaria, em última análise, na criação de uma terceira lei.

O Senhor Relator ressaltou a inconveniência da solução encontrada pelo Ministério Público Federal, que se manifestou pela concessão da ordem, de ofício, para determinar ao Juízo de origem que prossiga no exame dos requisitos legais previstos no art. 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06, fazendo incidir, se for o caso, o percentual de redução de 1/6 a 2/3 sobre a pena concretamente cominada nos ditames do *caput* do mesmo artigo. Assim, com fulcro no voto do Ministro Félix Fischer da Quinta Turma do Superior Tribunal, o Senhor Relator denegou a ordem.

Momento em que o Ministro Marco Aurélio atentou ao presidente da sessão, o Ministro Carlos Ayres Britto, estar diante de matéria nova, sendo que esta seria a primeira vez que ele, Marco Aurélio, a enfrentava.

Na investidura de seu entendimento, o Senhor Ministro Marco Aurélio iniciou seu raciocínio destacando que a nova legislação veio majorar a pena mínima do tráfico de entorpecentes e que, ao fazer isso, o legislador previu a possibilidade de redução.

Nesta senda, retomou o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que assentou não caber a mesclagem daquilo previsto em lei nova e em lei anterior, principalmente quando a anterior é silente quanto à novidade, no caso, a redução. Concluiu, pois, que ao menos que se possa chegar a um terceiro sistema – resultante da mesclagem da lei anterior com a nova –, não há como se aplicar esse preceito. E foi esta a razão de ele alinhar-se com o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e não com o do Superior Tribunal de Justiça, que indeferira o pedido com base em outro fundamento: do não preenchimento dos requisitos subjetivos por parte do Paciente.

Reiterou não poder aplicar lei nova sem fazer surgir no cenário jurídico uma terceira regência, uma regência que não é da lei pretérita nem da nova. E não pode porque houve a mitigação após ter-se, na cabeça do artigo, a majoração da pena mínima prevista para o tipo. Isto é: o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 não se aplica à situação concreta regida pela Lei 6.368/76, sob pena de olvidar-se o critério unitário, chegando-se à conglobação, ao surgimento de uma nova regra normativa.

O Ministro Relator, Menezes Direito, tentou argumentar com o Ministro Marco Aurélio, mostrando a ele que, no fundo, o fato de consignar com o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ou com o acórdão do Superior Tribunal, o resultado seria exatamente o mesmo. Porém, o Ministro Marco Aurélio frisou que no fundamento os acórdãos eram diferentes e, por isso, seu posicionamento estava alinhado ao do Tribunal de

Justiça do Estado, cujo fundamento erigia na impossibilidade de mesclar as normas – e não na ausência dos requisitos previsto no parágrafo 4º, conforme argumento do Superior Tribunal.

Diante da defesa acalorada do seu ponto de vista, o Ministro presidente da sessão, Senhor Carlos Ayres Britto, após pedir vênua ao Ministro Relator, votou com o Ministro Marco Aurélio, cuja tessitura de raciocínio o impressionou.

A Ministra Carmem Lúcia mostrou-se simpática à tese do Ministro Marco Aurélio quando consignou ser este um caso em que o risco é de o Poder Judiciário, ao unir duas normas, dar origem a uma terceira.

O Ministro Ricardo Lewandowski tomou a palavra e apontou haver precedente da Segunda Turma, quando do julgamento do *habeas corpus* n. 95.435/RS. Quando questionado pelo Ministro Marco Aurélio qual o entendimento adotado pelo voto-vista do Ministro Cezar Peluso, naquela ocasião, o Ministro Lewandowski disse tratar de um voto divergente e que isso explicitava como a matéria estava controvertida, inclusive na Segunda Turma.

O Ministro Relator, Menezes Direito, tomou a palavra e explicou que, devido à profundidade do tema, preferiu não enfrentá-lo e, simplesmente, ficar confinado no material da prova dos autos, denegando em conformidade com o acórdão da Corte do Superior Tribunal. Porém, o Ministro Marco Aurélio rebateu alegando que, ao desprover por si só o recurso, estar-se-ia subscrevendo aquele acórdão e considerando seu respectivo fundamento. Mas este, por outro lado, não era seu entendimento, pois a lei nova contém uma relação custo/benefício inovadora, inexistente na anterior.

Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto.

4.6 Recurso Extraordinário n. 596.152/SP

O Recurso Extraordinário n. 596.152⁴⁸, oriundo do Estado de São Paulo, foi interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão proferido em *habeas corpus* n. 101.125/SP pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela aplicabilidade da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, sobre a pena cominada com base na Lei 6.368/76. O referido pleito foi autuado no dia 18 de Dezembro de 2008.

Este Recurso, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, alegou ofensa ao artigo 5º, XL, da Constituição Federal, sustentando ser inadmissível a combinação de regras mais benignas de dois sistemas legislativos diversos formando uma terceira lei. Argumentou-se que a medida correta, em tais situações, é a que pugna pela análise isolada de cada legislação, para que se verifique qual delas mostra-se mais favorável ao réu, sob pena de o Poder Judiciário atuar como legislador.

O Ministro Relator – por entender que a controvérsia infla questão constitucional de relevante interesse jurídico e suplanta o interesse das partes – reconheceu Repercussão Geral, no dia 15 de Maio de 2009, aduzida em face da interpretação trazida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça a qual, além de ofender o princípio da separação de poderes, pode colocar em liberdade, antes do tempo, centenas, e talvez milhares de condenados que cumprem pena nos termos da Lei 6.368/76.

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 596.152/SP. Ementa: [...] Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 04 jun. 2009. DJE 19 jun. 2009.

O Ministro Marco Aurélio, ao se manifestar sobre a Repercussão Geral no dia 25 de Maio de 2009, reforçou seu posicionamento pontuando estar em jogo o critério unitário da aplicação da lei. Reiterou que a Corte de origem, qual seja a Sexta Turma do Superior Tribunal, acabou por mesclar as duas leis, antiga e nova, considerando, em relação à primeira, o balizamento temporal, em termos de cerceio à liberdade de ir e vir e, quanto à segunda, a causa de diminuição do parágrafo 4º, do artigo 33. Por isso, resgatou como precedente o julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 94.802/RS, sob relatoria do Ministro Menezes Direito, em que teve a oportunidade de consignar:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente tem-se matéria nova. Pela primeira vez a enfrentarei, ou seja, a nova regência do tráfico, que diz respeito à Lei 11.343/06, no que veio a majorar a pena mínima do tráfico de entorpecentes e, ao fazê-lo previu a possibilidade de redução.

[...]

Creio que, ao menos que possamos chegar a um terceiro sistema - o resultante da mesclagem da lei anterior com a nova -, não há como aplicar esse preceito.⁴⁹

O Tribunal reconheceu a Repercussão Geral da questão constitucional suscitada, sendo publicada no dia 16 de Junho de 2009 e constante no Informativo n. 551 do Supremo Tribunal Federal. Vencidos os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Eros Grau, não se manifestaram os Ministros Carmem Lúcia e Cezar Peluso.

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 596.152/SP. Ementa: [...] Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 04 jun. 2009. DJE 19 jun. 2009.

CONCLUSÃO

A árdua labuta exaustivamente desempenhada até aqui se dedicou a apresentar o problema a partir de três momentos distintos: 1), a identificação do problema propriamente dito, visto sob a óptica dos Tribunais Estaduais; 2) o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça frente a este problema já caracterizado e 3) a comoção do Supremo Tribunal Federal frente à instigação tão incisiva da infundável falta de unidade quanto às decisões acerca do tema.

Muito se observou no sentido de pacificar a controvérsia. Várias foram as teses. Inúmeros os argumentos. Cada juiz, fosse ele singular ou da reunião do colegiado, ao proferir sua sentença ou acórdão, o fez acompanhado da certeza de que aquela seria a melhor interpretação, e sua serenidade se amparou, muitas vezes, no fato de estar de mãos dadas com o tão invocado princípio da razoabilidade. Até o presente momento, não há de se questionar quaisquer das decisões dos magistrados, visto que o tema está suspenso, aguardando julgamento no Plenário do Supremo.

Com base na composição dos Senhores Ministros, quando do confronto direto do tema, o palpite à ponta da língua contempla todas as razões da lógica.

Nos dois casos concretos, julgados pela Segunda Turma do Supremo, a Ministra Ellen Gracie, relatora em ambas as circunstâncias, sustentou a não possibilidade de combinação das normas, ainda que fosse o réu portador dos requisitos exigidos pelo parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06. O Ministro Cezar Peluso postou-se com opinião

diametralmente oposta. Quanto ao Ministro Celso de Mello, este esteve ausente em ambas as votações, motivo pelo qual não se pode presumir qual seria seu entendimento. Já o Ministro Joaquim Barbosa, no primeiro caso, votou em maioria com o Ministro Cezar Peluso para deferir a ordem, ou seja, mostrou-se em flerte com a defesa deste. Em uma segunda oportunidade, porém, votou com a Relatora no sentido de denegar a ordem.

Como o assunto não foi debatido mais a fundo na Turma, a pretensão de alcançar o entendimento do Senhor Ministro Joaquim Barbosa ainda é prematura, mas não se pode dizer o mesmo quanto ao Ministro Eros Grau. Este esteve ausente quando do primeiro julgamento, entretanto, na segunda ocasião, votou com a Relatora.

Pois bem. O quadro da Segunda Turma configura-se no sentido de a Ministra Ellen Gracie e Eros Grau alinharem-se quanto à impossibilidade da cisão de normas, contra o entendimento contrário já declarado do Ministro Cezar Peluso. Cabe, então, aos Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa decidir a orientação da Turma.

Já na Primeira Turma, os posicionamentos estão mais claros. Os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio já declararam inadmitir a conglobação das leis, quando em debate na Turma. Simpática às suas teses, é a Ministra Carmem Lúcia. O saudoso Ministro Menezes Direito, Relator dos dois casos apreciado pela Turma, embora sustentasse a impossibilidade por fundamento diverso, mostrava-se atencioso ao fundamento diverso dos colegas. E, por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski, quando reconheceu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, fundamentou sua manifestação ante a impossibilidade de combinar regras mais benignas de dois sistemas legislativos diversos.

Portanto, temos hoje que 6 (sete) Ministros – já desconsiderado o voto do falecido Ministro - são absolutamente contra este recorte nas duas leis e 1 (um)

fervorosamente a favor, devendo a questão ainda ser votada pelos Ministros Joaquim Barbosa, Celso de Mello, o Presidente da Casa, Gilmar Mendes, e o recém chegado Ministro Sr. Antônio Dias Toffoli. Ainda que estes fossem unânimes em acompanhar o cavaleiro solitário, o tema já estaria vencido, por maioria de 6 (sete) votos.

É esta, pois, a reflexão que a pesquisa visou construir: o problema na sua origem e na sua solução.

REFERÊNCIAS

BATTAGLINI, Giulio. **Diritto Penale: Parte Generale**. [s.l.][s.n.], 1949.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, vol. 1.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

CAPEZ, Fernando. **Notas breves sobre a Nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006)**. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br/>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

DE JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. 2. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Aspectos penais e processuais penais da novíssima lei antitóxicos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9074>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Nova lei de drogas: retroatividade ou irretroatividade?** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9170>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1.

_____. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2007.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977, vol. 1, Tomo I.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. 1.

MAYRINK, Álvaro. **Direito Penal, Parte Geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. 1, Tomo I.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. Introdução e Parte Geral**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1988-1991, vol. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Flávio de Oliveira. **Breves anotações ao art. 44, parágrafo 4º da Lei 11.343/2006**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9958>> Acesso em: 24. mar. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. HC n. 99.637/MG. Ementa: [...] Relatora: Laurita Vaz. Brasília, DF, 02 set. 2008. DJE 29 set. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. HC n. 105.567/SP. Ementa: [...] Relator: Félix Fischer. Brasília, DF, 18 set. 2008. DJE 20 out. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. HC n. 100.910/DF. Ementa: [...] Relatora: Jane Silva. Brasília, DF, 03 de abr. 2008. DJE 22 abr. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. HC 88.114/MS. Ementa: [...] Relator: Paulo Gallotti. Brasília, DF, 12 nov. 2007. DJE 17 nov. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC n. 68.416/DF. Ementa [...] Relator: Paulo Brossard. Brasília, DF, 08 set. 1992. DJ 30 out. 1992.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC n. 95.435/RS. Ementa: [...] Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 21 out. 2008. DJE 09 nov. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC n. 96.430/SP. Ementa: [...] Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 09 dez. 2008. DJE 06 fev. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RCH n. 95.615-7/PR. Ementa: [...] Relator: Menezes Direito. Brasília, DF, 10 fev. 2009. DJE 13 mar. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 596.152/SP. Ementa: [...] Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 04 jun. 2009. DJE 19 jun. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 2ª Turma Criminal. HC n. 2008.00.2.004430-8. Ementa: [...] Relatora: Nilsoni de Freitas. Brasília, DF, 19 jun. 2008. DJE: 12 nov. 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 2ª Turma Criminal. HC n. 2008.00.2.016392-1. Ementa: [...] Relator: Sérgio Rocha. Brasília, DF, 18 dez. 2008. DJE: 01 abr. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 5ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 1.0480.083395-5/001. Ementa: [...] Relator: Adilson Lamounier. Patos de Minas, MG, 20 mai. 2008. DJE: 07 jun. 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 1ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 1.0386.05.002937-3/001. Ementa: [...] Relator: Eduardo Brum. Lima Duarte, MG, 28 nov. 2006. DJE: 10 jan. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Vara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.050.02160. Ementa: [...] Relatora: Nilza Bitar. Niterói, RJ, 03 jul. 2007. DJE 23 jul. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.050.02694. Ementa: [...] Relatora: Katia Maria Amaral Jangutta. Rio de Janeiro, RJ, 17 jul. 2007. DJE 22 ago. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 9ª Câmara do 5º Grupo da Seção Criminal. Apelação Criminal n. 1.002.701.3/7. Ementa [...] Relator: René Nunes. São Paulo, SP, 28 fev. 2007. DJE 27 abr. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 13ª Câmara do 7º Grupo de Seção Criminal. Apelação Criminal n. 895.085.3/0-00. Ementa: [...] Relator: Rene Ricupero. Taquarituba, SP, 09 nov. 2006. DJE 16 jan. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 3ª Câmara do 2º Grupo da Seção Criminal. Apelação Criminal n. 490.262.3/6-00. Ementa: [...] Relator: Segurado Braz. Americana, SP, 06 fev. 2007. DJE 19 abr. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 11ª Câmara do 6º Grupo da Seção Criminal. Apelação Criminal n. 964.448.3/5. Ementa [...] Relator: Guilherme G. Strenger. Diadema, SP, 18 out. 2006. DJE 06 dez. 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 9ª Câmara do 5º Grupo da Seção Criminal. Apelação Criminal n. 1.002.701.3/7. Ementa [...] Relator: René Nunes. São Paulo, SP, 28 fev. 2007. DJE 27 abr. 2007.

UNIÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 18.09.46. DOU 19.09.1946.

UNIÃO. LEI N. 7.209 de 11.07.84. Altera dispositivos do Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. DOU 13.07.1984.