

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REDATOR **DO: MIN. AYRES BRITTO**
ACÓRDÃO
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECDO.(A/S) : **LUÍS FERNANDO PENNA**
ADV.(A/S) : **DPE-SP - RAFAEL RAMIA MUNERATTI E**
OUTRO(A/S)

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

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

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

RE 596.152 / SP

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

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

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

6. A retroatividade da lei penal mais benfazeja ganha clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico instituto. Isto na acepção de que, ali onde a norma penal mais antiga for também a mais benéfica, o que deve incidir é o fenômeno da ultra-atividade; ou seja, essa norma penal mais antiga decai da sua atividade eficaz, porquanto inoperante para reger casos futuros, mas adquire instantaneamente o atributo da ultra-atividade quanto aos fatos e pessoas por ela regidos ao tempo daquela sua originária atividade eficaz. Mas ali onde a norma penal mais nova se revelar mais favorável, o que toma corpo é o fenômeno da retroatividade do respectivo comando. Com o que

RE 596.152 / SP

ultra-atividade (da velha norma) e retroatividade (da regra mais recente) não podem ocupar o mesmo espaço de incidência. Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito.

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

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

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

10. Recurso extraordinário desprovido.

RE 596.152 / SP

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em face do empate na votação, após os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio, que deram provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso (Presidente), Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que lhe negavam provimento, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em proclamar a decisão mais favorável ao recorrido, o que fazem com base no artigo 146, parágrafo único, do RISTF, e, como tal, negar provimento ao recurso extraordinário. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Redigirá o acórdão o Ministro Ayres Britto.

Brasília, 13 de outubro de 2011.

MINISTRO AYRES BRITTO - REDATOR P/O ACÓRDÃO

02/12/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECDO.(A/S) : LUÍS FERNANDO PENNA
ADV.(A/S) : DPE-SP - RAFAEL RAMIA MUNERATTI E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: Trata-se de recurso extraordinário criminal contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, ao examinar o HC 101.125/SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), entendeu aplicável a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sobre a reprimenda cominada com base na Lei 6.368/1976.

Eis a ementa desse julgado:

“CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELEECER A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. CONCEDIDA ORDEM DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E ALTERAR SEU REGIME DE CUMPRIMENTO.

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6.368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução,

RE 596.152 / SP

por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

3. Ordem concedida para cassar o acórdão do Tribunal a quo e restabelecer a decisão da Vara de Execuções Criminais de São Paulo, juntada à f. 17/18, que aplicou retroativamente a causa de redução” (fl. 144).

No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se, em suma, violação ao art. 5º, XL, da mesma Carta Política.

Sustentou-se, em síntese, ser inadmissível a “*combinação das regras mais benignas de dois sistemas legislativos diversos formando uma terceira lei*” (fl. 154).

Argumentou-se, ainda, 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*” (fl. 156), sob pena de o Poder Judiciário atuar como legislador.

Quanto à repercussão geral, o recorrente aduziu, em preliminar, que a questão constitucional versada no recurso suplanta interesses subjetivos das partes, porque a interpretação trazida pela Corte Superior, além de ofender o princípio da separação dos poderes, pode colocar “*em liberdade, antes do tempo, centenas, e talvez milhares, de condenados*” (fl. 157) que cumprem pena nos termos da Lei 6.368/1976.

Asseverou, também, que o Superior Tribunal de Justiça adotou entendimento manifestamente contrário a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao aplicar equivocadamente o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Contrarrazões às fls. 165-175.

RE 596.152 / SP

Em 4/6/2009, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional versada nos autos (fls. 199-206).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mário José Gisi, opinou pelo provimento do extraordinário (fls. 188-193).

É o relatório.

02/12/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de provimento do recurso.

Na inicial deste apelo extremo sustenta-se, em síntese, que o Superior Tribunal de Justiça deu interpretação equivocada ao art. 5º, XL, da Constituição Federal, ao permitir a combinação de leis no tempo.

A questão posta neste extraordinário, pois, é saber se a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 sobre condenações fixadas com base no disposto no *caput* do art. 12 da Lei 6.368/1976, tal como ocorreu no caso sob exame, ofende alguma regra ou princípio constitucional.

Com efeito, se por um lado a aplicação do princípio da irretroatividade da lei mais gravosa e, por consequência, a ultratividade da lei mais benéfica são pontos pacíficos tanto na doutrina quanto na jurisprudência, por outro a composição de elementos colhidos de leis diferentes ainda é questão tormentosa.

O dissenso não é atual, a doutrina sempre esteve dividida em relação a esse tema.

Há quem defenda que a aplicação de tal medida isoladamente equivaleria à vedada prática de combinar leis, outorgando ao magistrado competência reservada ao legislador, com infração aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Essa corrente doutrinária argumenta que a conjugação de lei anterior

RE 596.152 / SP

com legislação posterior, para se extrair de cada uma delas o que melhor beneficiar o réu, seria totalmente inadmissível, pois o Poder Judiciário estaria criando uma terceira lei, invadindo, por consequência, competência reservada ao Poder Legislativo.

Nesse sentido, o grande jurista Nelson Hungria já asseverava que:

“(...) cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova como 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 princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada de duas leis”¹.

Nessa mesma linha, encontram-se, ainda, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, Von Litz, Claus Roxin, entre outros.²

Em doutrina mais recente, Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli adotam, também, posicionamento contrário à mistura de preceitos legais mais benéficos. Sustentam que ao juiz é vedada a utilização de preceitos isolados, pois tal proibição não possui natureza apenas lógica, que seria em princípio superável, mas também racional, *“vale dizer, democrático: o juiz não pode criar uma terceira lei porque estaria aplicando um texto que, em momento algum, teve vigência”*.³

Há, no entanto, corrente diversa, que admite a combinação de leis, capitaneada por doutrinadores de renome, tais como Cezar Bittencourt,

1 HUNGRIA, Nelson. *Comentários do Código Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. 1. p. 120.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 63.

3 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 220.

RE 596.152 / SP

Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Francisco de Assis Toledo, Damásio de Jesus e Celso Delmanto. Invocando o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, concluem os citados juristas pela possibilidade de uma *lex tertia*, no intuito de favorecer o réu.

De acordo com essa corrente de pensamento, segundo a qual “quem pode o mais pode o menos”, se o juiz pode aplicar a lei por inteiro, também pode aplicá-la parcialmente. Não se trataria, portanto, de criação de nova lei, mas segundo o saudoso José Frederico Marques:

“(...) 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 porque 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 pruridos de lógica formal. (...) A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica, se, para evitar-se a transação e o ecletismo da lei posterior não for aplicada pelo Juiz; e este tem por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama os direitos do homem”⁴.

Assim, entendem cabível um verdadeiro recorte das legislações, admitindo que se combine partes de uma lei anterior com outras de uma

⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1. p. 256-257.

RE 596.152 / SP

lei nova, tudo sob pretexto de beneficiar o réu.

Contudo, a questão já foi objeto de análise por esta Corte em diversas oportunidades, tendo o Tribunal firmado sua jurisprudência no sentido de não ser possível a combinação de leis no tempo.

Lembro, por oportuno, que há tempo esse entendimento vem se consolidando. Nessa esteira, observo que, desde o julgamento do Recurso Ordinário Criminal 1.381/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, o Tribunal adota tal entendimento.

Nesse julgado, assentou-se que:

“ De fato, é lícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplicá-la em sua integridade, porém não lhe é permitido criar e aplicar uma ‘terza legge diversa’, de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, se transformaria em legislador” (grifos meus).

Foi nesse mesmo sentido que esta Corte julgou o HC 68.416/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, no qual se discutia a pretensão de combinar disposições legais relativas ao livramento condicional que estavam em vigor após o advento da Lei 7.209/84, que alterou a parte geral do Código Penal, consoante ementa abaixo transcrita:

“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 § único do art. 2º do Código Penal (Lei nº 7.209/84). Os princípios da ultra e da retroatividade da ‘lex mitior’ não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais

RE 596.152 / SP

exalta do que contraria o princípio da isonomia. Habeas corpus indeferido”.

Como se observa em trecho significativo de seu voto, o Relator, acompanhado pela unanimidade da Segunda Turma, entendeu que, no confronto das leis, é lícito ao juiz escolher a mais favorável e aplicá-la em sua integridade, porém nunca criar uma *terza legge*, distinta das demais, como se legislador fosse:

“(...) em que pesem conclusões em sentido contrário a que chegaram ilustres tribunais e doutrinadores, entendo que os princípios da ultra e da retroatividade da lex mitior, tal como formulados, não autorizam a combinação de duas normas para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Penso que o desígnio das normas postas foi o de reservar a aplicação da lex mitior na sua integridade, e não o de favorecer os agentes dos crimes praticados durante a vigência das normas que se conflitam no tempo, com uma terceira norma não legislada que traga benefícios que excedam os previstos nas outras duas consideradas de per si” (grifos no original).

Também em outra oportunidade, durante a análise da Ext. 925 – República do Paraguai, Rel. Min. Carlos Britto, esta Corte enfrentou tema semelhante. Segundo relatório do eminente Relator, a defesa sustentava o indeferimento do pedido de extradição em face da ocorrência da prescrição, conjugando, para tanto, diversas leis.

E o voto do Min. Carlos Britto, especificamente quanto à tese, acompanhado pela maioria do Pleno, assim assentou:

“(...) De saída, há que se fazer uma ressalva quanto à utilização do método de solução do conflito intertemporal de normas, adotado pela defesa e pela douta PGR. Como visto, foram pinçados os contrastantes dispositivos de variados diplomas legais que se seguiram no tempo, conjugando-os e criando um novo estatuto normativo para reger o caso concreto.

RE 596.152 / SP

55. *Ora, ninguém discute a possibilidade da ultra-atividade e da retroatividade da lei penal mais favorável ao acusado; postulado, esse, insculpido tanto na Constituição da República do Paraguai (art. 14) quanto na Carta Política brasileira (art. 5º, XL). Todavia, coisa diversa de pinçar o conjunto mais favorável de normas de Direito Positivo é arbitrariamente combiná-las para compor um novo modelo legal. Uma lei imaginária. E a partir desse improvisado mosaico fazer às vezes de legislador. Fazer às vezes de legislador, acrescentando-se, com o deliberado intuito de obstaculizar a persecução penal.*

(...)

59. *Este Supremo Tribunal Federal brasileiro também não aceita a interpretação combinada de leis no tempo, com a criação de um terceiro ordenamento só para reger um caso específico. (...)*

60. *O que há de ser feito, então, ante um conflito de leis no tempo e da impossibilidade da combinação de modelos legais para resolvê-lo é buscar-se, nos parâmetros de cada caso, qual das leis em confronto é de ser aplicada em face da sua condição de maior benignidade (...)*”.

Pois bem. Com a devida vênia daqueles que entendem de modo contrário, e fiel a jurisprudência desta Corte, penso que a aplicação do princípio da retroatividade, isto é, da *novatio legis in melius*, não autoriza a combinação de leis, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, entendo que não é possível a conjugação de partes mais benéficas de diferentes normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de poderes.

Não vejo, com efeito, como possa o julgador transcender o seu papel de intérprete e, com base em argumentos meramente doutrinários, fragmentar leis a ponto de recortar delas frases, palavras, incisos, artigos, a pretexto de favorecer o acusado.

A hermenêutica jurídica e o processo de integração, típicos da atividade do julgador, demandam esforço no sentido de se alcançar a

RE 596.152 / SP

verdadeira intenção da norma, sem, todavia, criá-la *ex novo*.

O âmago teleológico do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna consiste na estrita prevalência da *lex mitior*, de observância obrigatória, para aplicação em casos pretéritos, como bem ressalta Mirabete:

“Em resumo, havendo conflito de leis penais com o surgimento de novos preceitos jurídicos após a prática do fato delituoso, será aplicada sempre a lei mais favorável. Isso significa que a lei penal mais benigna tem extratividade (é retroativa e ultrativa) e, a contrario sensu, a lei mais severa não tem extratividade (não é retroativa ou ultrativa)”.⁵

Trata-se de uma garantia fundamental, albergada na Constituição de 1988, no inciso XL do art. 5º, o qual dispõe, que *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*.

Esse é também o conceito que se contém no âmbito normativo internacional, valendo registrar, nesse sentido, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu art. 9º, consigna o seguinte:

“Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado”.

Nesse passo, a Constituição Federal dispõe apenas que a lei penal deve retroagir para beneficiar o réu, não fazendo menção sobre sua aplicação para autorizar que apenas algumas partes de diversas leis

⁵ MIRABETE, Julio Fabiani. *Manual de Direito Penal*, vol. 1. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 43.

RE 596.152 / SP

posam ser aplicadas separadamente para favorece-lo. Assim, é necessário harmonizar este princípio com outros, em especial, o da legalidade e da separação de poderes, de modo a impedir que sua aplicação irrestrita possa afrontar esses preceitos fundamentais.

Ao tratar do tema, o Professor José Afonso da Silva ensina que o inciso XL do art. 5º do Texto Magno, na verdade, é complementado pelo princípio da legalidade penal previsto no inciso XXXIX, do mesmo artigo, esclarecendo que este dispositivo “*contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas*”.⁶

Destaco, ainda, que a hipótese ora sob exame, diferencia-se da simples aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, pois conforme salientei no início do voto, esse ponto é incontroverso na doutrina e na jurisprudência, bem como nos autos.

No caso concreto, o que ocorreu foi a combinação do *caput* do art. 12 da Lei 6.368/1976, com a causa de minoração da pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sob a justificativa de dar ampla e irrestrita aplicação ao princípio da retroatividade da lei penal mais favorável.

Desse modo, resta saber, se há ofensa constitucional na aplicação isolada da causa de diminuição de pena aos delitos cometidos sob a égide da lei antiga, tendo por base as penas então cominadas.

Com efeito, a Lei 6.386/1976 estabelecia para o delito de tráfico de drogas uma pena em abstrato de 3 a 15 anos de reclusão, sendo, posteriormente, revogada pela Lei 11.343/2006, que cominou, para o mesmo crime, pena de 5 a 15 anos de reclusão.

Vê-se, pois, que a nova Lei de Drogas impôs uma reprimenda mais

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 428.

RE 596.152 / SP

severa para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, prevendo, contudo, no § 4º do art. 33, uma causa especial de diminuição de pena que beneficia o agente que for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

Não restam dúvidas que, no caso do § 4º do art. 33 da Lei de 11.343/2006, o legislador preocupou-se em diferenciar o traficante organizado – que obtém fartos lucros com a direção de atividade altamente nociva à sociedade – do pequeno traficante, denominado de “mula” ou “avião”, utilizado como simples mão de obra de transporte e entrega de pequenas quantidades de drogas, muitas vezes para sustentar seu próprio vício, ou ainda, de situações que demonstrem eventualidade da traficância, como, por exemplo, a mulher que leva drogas para o marido preso.

Por oportuno, transcrevo trecho da manifestação do Deputado Paulo Pimenta, relator do PLS 115/2002 (que deu origem à Lei 11.343/2006), no parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, extraído do voto-vista do Ministro Cezar Peluso, no julgamento do HC 95.435/RS:

“Não nos olvidamos da diferença existente entre pequenos e grandes traficantes. Por isso, mantivemos uma causa especial de diminuição de pena para o agente que seja primário e de bons antecedentes e cuja conduta caracteriza por ausência de habitualidade e caráter não profissional”.

Porém, para aplicar esta causa de diminuição de pena, o legislador aumentou, de maneira considerável, a pena mínima para o delito de tráfico de drogas, de três para cinco anos. Assim, há uma correlação entre o aumento da pena-base mínima prevista no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006 e a inserção da causa de diminuição prevista no § 4º.

Não pode o julgador, portanto, aplicar isoladamente a pena mínima

RE 596.152 / SP

prevista na revogada Lei 6.368/1976 com a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, pois esta minorante foi prevista para incidir sobre uma pena-base mais severa (cinco anos), prevista no *caput* do mesmo artigo.

Nesse ponto, cito os oportunos apontamentos doutrinários sobre o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006:

*“Este dispositivo, (...), foi criado para mitigar, de certa forma, o rigor da nova Lei de Drogas, que aumentou sensivelmente a pena mínima dos delitos previstos no art. 33 , caput e § 1º. Assim, há uma correlação lógica e necessária entre o aumento da pena mínima destes delitos e a criação da minorante. Justamente por isto, o intérprete não pode desconsiderar este elo, aplicando retroativamente apenas a nova causa de diminuição, sob pena de estar criando uma disposição não prevista pelo legislador”.*⁷

Desse modo, não há falar que as causas de diminuição de pena são aplicadas separadamente, apenas na última fase da realização da dosimetria da pena, e, sendo portanto, permitida sua aplicação com a pena-base prevista na lei revogada.

É certo, ademais, que essa nova causa de diminuição de pena representaria um benefício para aqueles que praticaram crimes na vigência da Lei 6.368/1976. Mas, para ser aplicada aos casos anteriores, o correto seria considerar-se a pena-base da nova lei, não se mostrando lícito empregar-se a pena mínima de uma norma com a causa minorante de outra, prevista para incidir sobre uma pena-base maior.

Caso assim procedesse, o juiz estaria, definitivamente criando uma nova lei, pois embora o crime seja o mesmo (tráfico ilícito de entorpecentes), essa combinação de dosimetrias resultaria na criação de

⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2007. p. 99.

RE 596.152 / SP

uma sanção diversa da previamente estabelecida pelo legislador. Ter-se-ia, por consequência, uma nova pena para o delito, não estabelecida em qualquer das duas leis.

Ressalto, ainda, que esta questão discutida nos autos já foi examinada por esta Corte em várias oportunidades, tendo o Tribunal firmado o entendimento de que é vedada a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à reprimenda imposta em condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976, sob pena de se estar criando uma terceira lei.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados de ambas as Turmas desta Corte:

“Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime cometido sob a vigência da Lei nº 6.368/76. Impossibilidade de aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06) . Ordem concedida de ofício. (...) 3. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, é inadmissível a conjugação da pena-base prevista na Lei nº 6.368/1976 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343/2006, visto que, agindo deste modo, o juiz atuaria como legislador positivo, criando uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. 4. Habeas corpus denegado (...)” (HC 97.977/MG, Rel. Min. Dias Toffoli - grifos meus).

“ H A B E A S C O R P U S . D O S I M E T R I A P E N A L . Q U A N T I D A D E D E E N T O R P E C E N T E S . L E G I T I M I D A D E P A R A E L E V A Ç Ã O D A P E N A B A S E . A P L I C A Ç Ã O P A R C I A L D E L E I P O S T E R I O R , N A P A R T E E M Q U E B E N E F I C I A O R É U . I N V I A B I L I D A D E . O R D E M D E N E G A D A . 1 . É l e g í t i m o o a u m e n t o d a p e n a b a s e c o m f u n d a m e n t o n a e l e v a d a q u a n t i d a d e d e e n t o r p e c e n t e e n c o n t r a d a e m p o d e r d a p a c i e n t e . 2 . N ã o é p e r m i t i d a , n e m m e s m o p a r a b e n e f i c i a r o r é u , a c o m b i n a ç ã o d e d i s p o s i t i v o s d e l e i s d i v e r s a s , c r i a n d o u m a t e r c e i r a n o r m a n ã o e s t a b e l e c i d a p e l o

RE 596.152 / SP

legislador, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da anterioridade da lei penal (art. 1º do Código Penal) e da separação de poderes. 3. Ordem denegada” (HC 96.844/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa - grifos meus).

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. RETROATIVIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. PACIENTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A paciente foi condenada à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática da conduta tipificada no art. 12, c/c o art. 18, I, ambos da Lei 6.368/76. 2. Requer o impetrante a concessão da ordem de habeas corpus para a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema Corte que agindo assim, estaria criando uma terceira lei (lex tertia). 4. Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal, implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador. (...). 6. Diante do exposto, denego a ordem” (HC 96.430/SP, Rel. Min. Ellen Gracie - grifos meus).

“HABEAS CORPUS. CONTROVÉRISA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 AOS CRIMES COMETIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O entendimento deste Supremo Tribunal é no sentido de que não é possível aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais

RE 596.152 / SP

benéfico dessas legislações. Precedentes. 2. Ordem denegada” (HC 94.848/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia - grifos meus).

No mesmo sentido, cito, ainda, os seguintes precedentes, entre outros: HC 100.437/MG e HC 100.122/SP, de minha relatoria; HC 98.766/MG, Rel. Min. Ellen Gracie; RHC 94.806/PR e RHC 101.278/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia; RHC 94.802/RS e RHC 95.615/PR, Rel. Min. Menezes Direito.

Assentou-se nesses julgados que não é possível a conjugação de dispositivos mais benéficos das referidas normas para criar-se uma terceira hipótese, fixando-se, por consequência, uma nova pena, porquanto tal prática não pode ser adotada em nosso ordenamento jurídico.

Concordo, pois, com a tese segundo a qual, caso fosse permitida a combinação das referidas leis para extrair-se um terceiro gênero, os magistrados estariam atuando como legislador positivo, em total afronta aos princípios da separação de poderes e da reserva legal.

Além disso, poderíamos chegar, à situação absurda em que o delito de tráfico de drogas será punido com uma pena de até um ano de reclusão, semelhante às sanções previstas para os crimes de menor potencial ofensivo.

Nessa linha, transcrevo abaixo trecho de voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, em julgamento de caso análogo:

“(...) a pena do crime de tráfico anteriormente aplicada tinha o mínimo legal inferior ao da nova lei, o que levaria, se se pudesse cogitar da aplicação da causa especial de diminuição aos crimes ocorridos antes da vigência da nova lei, à aplicação de uma pena in concreto de até um ano de reclusão para os crimes de tráfico teríamos, na prática, um novo tipo de crime de tráfico, com penas equivalentes

RE 596.152 / SP

aos crimes de menor potencial ofensivo.

5. Não havendo identidade entre as penas das leis que tratam dos crimes de tráfico de drogas, não se pode falar na aplicação da causa especial de diminuição da pena, definida em parágrafo específico destinado exclusivamente aos fatos ocorridos na vigência da nova lei” (RHC 101.278/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia).

Por outro lado, nas situações em que há dúvidas sobre qual a legislação mais benéfica em determinada hipótese (Lei 6.368/1976 ou Lei 11.343/2006), deve-se analisar o caso concreto e verificar qual lei, aplicada integralmente, será mais favorável ao réu, sem, no entanto, combiná-las, para evitar-se a criação de uma terceira lei.

Nessa mesma esteira, já ponderava o ilustre Heleno Cláudio Fragoso:

“A lei mais benigna deve ser determinada em face do caso concreto. O juiz deve considerar qual seria o resultado, aplicando hipoteticamente uma ou outra das leis, escolhendo então a que proporciona situação mais favorável ao réu. Uma lei posterior que, mantendo a incriminação do fato, aumente o máximo da pena cominada, e diminua o mínimo, será mais favorável, se for o caso de aplicar a pena mínima à hipótese em julgamento, e será mais severa no caso de se impor a pena máxima.

Em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu, aplicando ambas parcialmente”⁸.

Por oportuno, lembro, também, as valiosas lições de Guilherme de Souza Nucci sobre essa situação:

“Pensamos não deva o juiz combinar leis penais (...). Mas é viável que ele faça uma análise de qual lei é a mais favorável ao réu no

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 107.

RE 596.152 / SP

caso concreto. Em primeiro lidar, o magistrado deve realizar a seguinte projeção: a) levando em consideração a nova lei, no seu conjunto, incluindo a pena mínima de cinco anos, verificará, concretamente, qual seria a diminuição que o réu ou condenado mereceria. Ora, se atingisse o patamar de metade (entre um sexto e dois terços), exemplificando, deve utilizar a lei nova, pois a pena cairá para dois anos e seis meses de reclusão (cinco anos menos metade). Houve benefício ao acusado, cuja pena era de três anos de reclusão; b) se levar em conta a lei nova, tomando por base a pena mínima de cinco anos e perceber que o réu, concretamente, merece a diminuição mínima de um sexto, sua pena seria de quatro anos e dois meses, o que significa ser desvantajoso a utilização da lei nova. Mantém, então, a pena em três anos de reclusão, conforme a anterior Lei 6.368/76. Não aplica, em suma, a lei nova. Em nosso entendimento, contrário que somos à combinação de leis penais, pois o juiz não é legislador, depende do caso concreto para sabermos se é viável a aplicação da lei nova ou a manutenção da pena, conforme os critérios anteriores”⁹.

Desse modo, na espécie, entendo que o Juiz da Vara de Execuções Penais deve verificar qual norma (Lei 6.368/1976 ou Lei 11.343/2006) é mais favorável ao sentenciado, devendo aplicar, na integralidade, aquela que melhor lhe beneficie.

Em face de todo o exposto, julgo procedente o recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido e determinar ao juízo da Vara de Execuções Penais que aplique a legislação mais benéfica ao recorrido, em sua integralidade.

É como voto.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 64-65.

02/12/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE): 1. Transcrevo o voto-vista proferido na Egrégia Segunda Turma em 21.10.2008, no julgamento do HC nº 95.435, do qual fui relator para o acórdão, pois trata da mesma questão jurídica discutida no presente julgamento:

“Centra-se a questão em apurar, nos contornos do caso, o alcance do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. É que, ao mesmo tempo em que introduziu causa de diminuição da pena para o delito de tráfico de entorpecentes, a nova lei de tóxicos lhe aumentou a pena mínima e proibiu a aplicação de diversos institutos.

Resta saber, pois, se é lícita a aplicação isolada da causa de diminuição de pena aos delitos cometidos sob a égide da lei antiga, tendo por base as penas então cominadas.

O voto da Min. Relatora parte de premissas consagradas da doutrina e da jurisprudência da Corte: não se pode, deveras, misturar 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.

Não me parece seja este o caso.

Aplicar a causa de diminuição não significa baralhar e confundir normas. Tal causa pode aplicada às inteiras, sem criação jurisdicional de instituto que componha requisitos de uma e de outra lei.

O precedente invocado pela eminente relatora (HC nº 68.416, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ de 30.10.92), neste aspecto, antes reforça que repele o argumento, já que trata de hipótese de todo diversa. Naquele caso, o que efetivamente se pretendia era a criação de *tertia lex*. Ali, o impetrante queria ver aplicados, com relação à liberdade provisória, requisitos de lei

RE 596.152 / SP

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 nº 7.209, 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 liberdade provisória, impondo outras condições. E o impetrante invocava o novo prazo, sem as condições novas.

Percebe-se que esse velho caso configura exemplo acabado de tentativa de criação indireta de lei, o que se não admite. É, contudo, hipótese diferente desta, onde o instituto pode incidir independentemente de quaisquer outros critérios ou requisitos previstos nesta ou em outra lei.

Além disso, é irrelevante que a lei nova contemple outros institutos, uma vez que estes poderiam ter sido previstos de maneira autônoma. Reza-lhe o § 4º do art. 33:

'Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (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'.

Nem se objete que a causa de diminuição seja dirigida somente ao *caput* da norma. Refere-se, na verdade, às condutas nele descritas, as quais já eram como tais tipificadas, em grande parte, na lei revogada.

Deve-se, ademais, atentar na finalidade e na *ratio* do princípio, para correta resposta à questão.

Tiro da manifestação do Deputado Paulo Pimenta, relator para o PLS nº 115/2002 (que deu origem à Lei nº 11.343/2006), na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, ao exarar parecer, em 10 de fevereiro

RE 596.152 / SP

de 2004:

'Não nos olvidamos da diferença existente entre pequenos e grandes traficantes. Por isso, mantivemos uma causa especial de diminuição da pena para o agente que seja primário e de bons antecedentes e cuja conduta se caracterize por ausência de habitualidade e caráter não profissional'.

Daí se vê que não há como repudiar a aplicabilidade da causa de diminuição também a situações anteriores, pois foi essa nova valoração da conduta menos perigosa daquele que se convencionou chamar de 'pequeno traficante', em oposição ao 'grande traficante', que lhe motivou a previsão legal. O propósito claro da lei foi punir de maneira menos severa pessoas nas condições nela disciplinadas, sem nenhuma correlação, por si, com as novas penas aplicáveis ou aplicadas.

A respeito, valho-me da lição de ZAFFARONI e PIERANGELI¹:

'O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna encontra seu fundamento na própria natureza do direito penal. Se o direito penal regula somente as situações excepcionais, em que o Estado deve intervir para a reeducação social do autor, a sucessão de leis que alteram a ingerência do Estado no círculo de bens jurídicos do autor denota uma modificação na desvalorização de sua conduta. Essa modificação significa que a lei considera desnecessária uma ingerência da mesma intensidade nos bens jurídicos do autor ou que diretamente é dispensável qualquer ingerência. Disso resulta que já não tem sentido a intervenção do Estado, por desnecessária, não se podendo sustentar apenas no fato de que foi considerada necessária no momento em que o autor cometeu o delito. De outra parte, o princípio

1 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 299.

RE 596.152 / SP

republicano de governo exige a racionalidade da ação do Estado, e esta é bastante afetada quando pela mera circunstância de que um indivíduo haja cometido um fato com anterioridade a outro, trata-se mais rigorosamente ao primeiro do que ao segundo. A segurança jurídica impede a reversão do princípio, mas requer também que seja cumprido na parte em que não a afeta' (grifos nossos).

Não considero, portanto, que a aplicação da nova lei à pena fixada com base na lei antiga signifique criação de norma. O que ocorre é só a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Por fim, acresceria que a vedação de junção de dispositivos de leis diversas (que não ocorre no caso) é apenas produto de interpretação da doutrina e da jurisprudência, sem apoio direto em texto constitucional. Talvez nem seja esta a leitura mais curial do princípio da retroatividade da lei mais benigna, pois acaba por limitar-lhe o alcance. Ao propósito, submeto à reflexão da Corte estas ponderações:

'Quando a lei penal posterior é parcialmente mais favorável ao réu, contendo também dispositivo que o prejudica em confronto com a lei anterior, qual a solução que pode ser dada à questão? Duas são as alternativas apresentadas: OU se procede a aplicação de uma dessas leis em bloco, verificando qual delas é a mais benigna OU de cada uma dessas leis se extrai a parte que beneficia o réu para efeito de compor a norma aplicável ao caso concreto. A doutrina deu abrigo às duas opções, em face da omissão do texto legal.

Nelson Hungria (Comentários do Código Penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t.1, p.120), Aníbal Bruno (Direito Penal – Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. I, p.270), Roque Brito Alves (Direito Penal – Parte Geral. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1973, p.213-214), Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito

RE 596.152 / SP

Penal – A nova Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.106-107), Jair Leonardo Lopes (Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p.98) e Paulo José da Costa Jr. (Direito Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: DJP, 2005, p.8) não admitem a combinação de lei anterior e de lei posterior para efeito de extrair de cada uma delas as partes mais benignas ao agente, porque o juiz estaria, nesta situação, criando uma terceira lei, o que seria de todo inadmissível. Além de criar uma lei inexistente, o juiz estaria invadindo a área reservada ao Poder Legislativo. Mais recentemente, Antonio García-Pablos de Molina (idem, p.911) enfatizou que ‘se se toma de cada lei apenas o fragmento que favorece o réu, o intérprete procede de forma arbitrária e cria artificialmente uma nova lei que vulnera a ratio legis, tanto da lei anterior com da posterior’.

Esse não parece ser o melhor equacionamento para a matéria.

Já Basileu Garcia (Instituições de Direito Penal. 6.ed. São Paulo: Max Limonad, 1982, v. 1, t. 1, p.160), José Frederico Marques (Tratado de Direito Penal. 2.ed. Saraiva: São Paulo, 1965, v. 1, p. 210 e 211), Antonio José Fabrício Leiria (idem, p.82/83), Damásio Evangelista de Jesus (Direito Penal. 27 ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2003, p.94-95, Rogério Greco (idem, p.122-123), René Ariel Dotti (idem, p. 275-2760), Cezar Roberto Bitencourt (idem, p.213) sustentam a possibilidade desta combinação e argumentam no sentido de que o juiz, ao realizá-la, não criaria lei nova, mas apenas movimentar-se-ia ‘dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Se lhe está afeto escolher o ‘todo’ para que o réu tenha 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 sobrepor a pruridos de lógica formal (José Frederico Marques, idem, p.210). Na mesma

RE 596.152 / SP

linha de consideração, observa René Ariel Dotti (idem, p.275) que **‘não há mais clima propício para se resistir ao imperativo da fusão das normas penais que sejam mais benignas ao réu. Contra a antiga superstição e preconceituosa exegese opõe-se o princípio da garantia individual da retroatividade da lei mais favorável (CF, art. 5, XL), que não se detém mesmo diante da res judicata (CP, art. 2º, § 2º). E, para tanto, o magistrado nada mais faz senão aplicar o direito positivo em cada fato submetido à sua jurisdição. Não está, com isso, criando uma nova lei.**

De acréscimo, e com uma argumentação irresponsável, Cuello Contreras, citado por Antonio García – Pablos de Molina (idem, p.910) ressalta a plena validade jurídica da composição das duas leis, a anterior e a posterior, para efeito de extrair-se o conteúdo mais benigno de uma e de outra. Este posicionamento ‘não fere o princípio da legalidade porque este apenas proíbe que se castiguem comportamentos com penas não previstas em lei e que se aplique a lei penal de modo desfavorável ao réu’. Além disso, a junção dos dispositivos favoráveis das duas leis ‘não implica a criação de uma *tertia lex* inexistente, nem a suposta invasão de competências legislativas pelo juiz porque o que se propõe é a aplicação da lei existente, que marca pautas e entre elas a retroatividade da lei favorável que sempre põe em relação duas leis (emanadas do Poder Legislativo!) e propicia soluções transitórias dentro dos limites da vontade legislativa única: a que primeiro disse uma coisa e depois outra’. Compreensão diversa ‘lesiona a exigência da justiça e da segurança jurídica, porque ao aplicar in toto uma das duas normas, está aplicando conscientemente o aspecto desfavorável ao réu que a referida norma contém¹²’.

2 **FRANCO, Alberto Silva.** *In:* ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO (coords.). *Código penal e sua interpretação.* 8ª ed. São Paulo: RT, 2007, pp.66-67. Grifos nossos.

RE 596.152 / SP

2. Como o caso em exame trata de matéria jurídica idêntica àquela apreciada no *habeas corpus* supracitado, adoto as mesmas razões para, pedindo vênias ao eminente Relator, **negar provimento ao recurso.**

02/12/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

VOTO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, eu já tive, realmente, a oportunidade de votar no mesmo sentido do posicionamento ora trazido pelo eminente Relator, Ministro **Ricardo Lewandowski**, em julgamento da Turma.

A bela sustentação oral que assistimos hoje, da tribuna deste Tribunal, me levava a pedir vista dos autos para uma melhor reflexão. Mas, agora, o voto de Vossa Excelência me convence da necessidade de mudança da minha opinião na Turma, para negar provimento, aqui, no caso concreto, ao recurso do Ministério Público, mantendo o acórdão recorrido. E o faço também agregando que a teoria e a jurisprudência firmadas no sentido de ser impossível – e, da maneira como colocada, parece ser impossível em toda e qualquer hipótese - a junção de duas leis, para o caso concreto, elas parecem não ser a melhor opção, diante da racionalidade dos ensinamentos da teoria geral do Direito - porque o ordenamento jurídico é um só.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Talvez, Ministro Dias Toffoli, se Vossa Excelência me permite, seja, a partir da abstração do Ministro Cezar Peluso, uma referência para o próprio legislador e, por isso, temos repetido. Também já tive oportunidade de ressaltar a doutrina do Tribunal, na linha do que sustentou, por exemplo, o saudoso Ministro Toledo. Mas ele próprio mostrava, num caso de agravamento de tratamento penal – não sei se em matéria de crime de segurança nacional ou coisa assim –, em que o Tribunal, na prática, acabava, em determinados casos, por se ver compelido a formar esse chamado modelo jurídico misto. Talvez essa referência seja o ideal. Que haja uma aplicação racional e racionalizadora, que haja uma substituição da lei no tempo de forma adequada.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

RE 596.152 / SP

De um dia para o outro as situações concretas mudam.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Quer dizer, com a elevação da pena-base, de forma substancial, e com a adoção de um modelo de redução, fez-se uma combinação de difícil implementação, na linha da separação dos documentos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Uma linha imaginária.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. Uma linha imaginária. É um tipo de uma regra de bom aviso, que se destina, inicialmente, ao próprio legislador, para que ele logre elaborar uma lei que seja aplicável, inclusive, de forma retroativa, no caso da *lex mitior*.

Então, parece-me que estamos diante de um caso concreto que mostra que, se adotarmos a doutrina que tem sido preconizada na própria jurisprudência do Supremo – eu mesmo já fui também autor de votos nesse sentido –, podemos chegar a um quadro de flagrante injustiça em relação a situações que se colocam. Parece-me que realmente isso sugere uma reflexão. Talvez esse referencial que tem sido repetido – como diz o Ministro Ayres Britto, quase como um mantra – seja uma recomendação para que o legislador atue no sentido de ser preciso na formulação. Mas aqui vimos que esta composição resultou num modelo realmente de difícil aplicação.

E, aí, podemos inclusive dizer que são normas autônomas aquelas que o Ministro Cezar Peluso acaba de ressaltar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É possível criar essa autonomia.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A norma diz respeito à fixação da pena-base.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu não estou aplicando outra lei nisso, conjuntamente. Revelada a pena-base, com base numa lei, estou aplicando o instituto da lei nova para atenuar essa pena-base.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É.

RE 596.152 / SP

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas essa autonomia é que causa muita estranheza, não é? Porque, de toda sorte, estamos causando com isso uma modificação - como disse o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto. Se esta pena é mais elevada - por isso havia a norma que não permitia que se aplicasse, tal como Vossa Excelência expôs, aquela causa para vir a diminuir, a dar um outro tratamento, a submeter a um outro regime -, se a pena é menos elevada, é, portanto, mais baixa, exatamente como diz o Ministério Público. Eu não consigo é ver essa autonomia das normas, porque estamos criando um sistema híbrido, sim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Exatamente. Se, por um lado...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O legislador, na verdade, quando criou novo regime, quis desvalorar - até certo ponto - a conduta do pequeno traficante. Então, ele criou um instituto que desvalora. O que não é possível fazer no caso? Aplicar a lei nova na pena-base, porque aí, sim, nós estaríamos aplicando a lei nova mais gravosa para o fato pretérito, mas a diminuição resultante do novo juízo de valoração do legislador para diminuição de qualquer pena é válida para o fato pretérito. Daí o alcance do princípio da retroatividade. Porque se não houvesse o princípio da retroatividade, seria aplicada inteiramente a lei velha ou inteiramente a lei nova.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É o que o Ministro Ricardo Lewandowski sugere.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E ele tem um objetivo, um conjunto determinado, que são aqueles que têm bons antecedentes, enfim, que não praticam crimes habitualmente. Cria-se, então, uma figura nova.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas eu acho que não é esse o caso.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Cria-se uma figura nova. A mesclagem corresponde a uma lei nova.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Aí é uma legislação,

RE 596.152 / SP

estamos legislando.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Tanto, porque não podemos nos esquecer, Senhor Presidente, que a intenção do legislador foi de agravar, e não mitigar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A intenção da lei foi agravar e por causa desse gravame, exatamente, distinguiu as situações.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Embora reconheça que eventualmente possamos fazer justiça a um caso concreto, eu me valho de trecho do acórdão da Ministra Cármen Lúcia - que citei em meu voto - que diz exatamente o seguinte; nós poderemos chegar ao absurdo de cominar a um delito gravíssimo que aflige a sociedade contemporânea, que é o tráfico de entorpecentes, a uma pena equivalente a um delito de menor potencial ofensivo. Isto certamente o legislador não quis fazer. E nós não podemos deixar ao arbítrio do magistrado criar uma pena não prevista pelo Congresso Nacional, pelos representantes da soberania popular, em que editaram uma nova lei, cominando penas mais severas, ou seja, pena-base mais elevada do que a lei de drogas anterior, de certa maneira frustrando essa vontade do legislador, fazendo uma aplicação híbrida de duas leis no tempo, criando exatamente uma terceira norma como se legislador fosse o magistrado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por isso que até a citação feita da tribuna de um precedente do Ministro Marco Aurélio sobre, neste caso, normas autônomas, não me parece o que vem sendo por ele votado, se me permite antecipar já, pelo menos na Turma, em que Vossa Excelência é muito taxativo, dizendo que as normas quando são autônomas podem ser aplicadas, mas num sistema em que elas se conjugam, aí se cria a terceira, se houver essa conjugação, com ruptura desse subsistema enfim.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Para concluir o meu voto, acompanho a divergência, pedindo vênias ao eminente Relator e ao meu ainda curto passado nesta Corte.

02/12/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, como já antecipei, vou pedir vênia à divergência inaugurada por Vossa Excelência, mas vou acompanhar o Relator exatamente pelas razões que já expus em outras decisões, que, aliás, ele me honra. Entendo que, neste caso, não são normas autônomas e que esse subsistema haverá de ser aplicado rigorosamente em atenção ao que se contém, ou seja, normas que prescrevem, nos diferentes diplomas legais, situações distintas e que se forem combinadas vão gerar, a meu ver, eventualmente, até uma situação de maior justiça material num caso concreto mas que, em geral - aqui é um princípio - poderá levar exatamente ao oposto.

Peço vênia, Presidente, mas acompanho o Relator.

#

02/12/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, também eu entendo que há, no caso, um verdadeiro *mélange des genres*, ou seja, um conflito de leis no tempo do qual resulta um amálgama, que não foi aquilo que o legislador preconizou.

Mantenho-me fiel à jurisprudência da Corte - e das duas Turmas, aliás -, e dou provimento ao recurso, pedindo vênias à divergência.

02/12/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECDO.(A/S) : **LUÍS FERNANDO PENNA**
ADV.(A/S) : **DPE-SP - RAFAEL RAMIA MUNERATTI E OUTRO(A/S)**

VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, eu confesso que fiquei muito bem impressionado com as duas teses, a do eminente Relator e a de Vossa Excelência, criando para mim um verdadeiro impasse hermenêutico.

Com a devida vênia de todos os que votam depois de mim, vou pedir vista do processo, e espero trazê-lo na próxima semana.

#



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. AYRES BRITTO

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RECDO.(A/S) : LUÍS FERNANDO PENNA

ADV.(A/S) : DPE-SP - RAFAEL RAMIA MUNERATTI

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, dando provimento ao recurso, e os votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso (Presidente) e Dias Toffoli, negando-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ayres Britto. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República e, pelo recorrido, o Dr. Rafael Ramia Muneratti, Defensor Público do Estado. Plenário, 02.12.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

26/05/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

VOTO – VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)

Cuida-se de recurso extraordinário, manejado pelo Ministério Público Federal, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Acórdão assim ementado (HC 101.125/SP):

“CONSTITUCIONAL – PENAL – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 – *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS* – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECER A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. CONCEDIDA ORDEM DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E ALTERAR SEU REGIME DE CUMPRIMENTO.

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

3. Ordem concedida para cassar o acórdão do Tribunal *a quo* e restabelecer a decisão da Vara de Execuções Criminais de São Paulo, juntada à f. 17/18, que aplicou retroativamente a causa de redução.”

RE 596.152 / SP

2. Pois bem, o Ministério Público Federal entende que a decisão por ele impugnada ofende o inciso XL do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Daí lembrar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Extradição 925, Plenário) no sentido de que a norma em causa não autoriza a “*combinação das regras mais benignas de dois sistemas legislativos diversos formando uma terceira lei*”. Noutros termos, para ele, Ministério Público Federal, não é de se dar a “*aplicação pinçada e simultânea de duas leis ao mesmo caso, quando estas se confrontam no tempo. A medida correta, em tais situações, é a que pugna pela análise isolada de cada legislação, para que se verifique qual delas se mostra mais favorável ao réu*” (fls. 154 e 156).

3. De parilha com essa interpretação, argúi o recorrente ofensa ao princípio da separação dos Poderes. É que “*não cabe ao Judiciário o papel de legislar, pois, se assim fosse, haveria patente invasão de competência de um poder no outro, levando ao desequilíbrio o sistema de freios e contrapesos adotado por nosso Ordenamento Jurídico*”. Donde o pedido de conhecimento e provimento do recurso extraordinário, tendo em vista a demonstrada repercussão geral da matéria constitucional.

4. Em sede de contra-razões, a Defensoria Pública da União sustenta que:

I - o acórdão recorrido concedeu a ordem de *habeas corpus*. Logo, não é cabível o recurso ordinário de que trata a alínea “a” do inciso II do art. 102 da Magna Carta;

II – é de incidir a Súmula 400 do STF, uma vez que a decisão recorrida deu razoável interpretação à lei;

III - o acórdão adversado nada mais fez do que dar plena efetividade ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao réu (inciso XL do art. 5º da CF/88);

IV - o julgador “*não está criando nada, mas apenas se utilizando, aplicando ao caso concreto leis federais que seguiram o processo legislativo constitucional e foram aprovadas pelo Congresso Nacional*”;

V - o magistrado “*deve se utilizar do ordenamento jurídico como um todo, uma vez que esse é sistemático e as leis não existem por si só, mas fazem parte*

RE 596.152 / SP

desse ordenamento".

5. Assim equacionando juridicamente a causa, a Defensoria pugna pelo não-conhecimento do recurso extraordinário. Quanto ao mérito, requer o desprovimento do recurso por ausência de contrariedade à Constituição Federal.

6. Continuo neste relembrar das coisas para pontuar que: a) a Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso extraordinário; b) foi reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional suscitada neste apelo extremo, conforme certidão de fls. 206.

7. Dito isso, faço um novo retrospecto dos fatos postos a julgamento:

I – Luís Fernando Penna (recorrido) foi condenado a 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pelo crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 12 da Lei 6.368/1976;

II – com a superveniência da Lei 11.343/2006, o Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Paulo acolheu a pretensão defensiva de estender ao acusado a causa de diminuição de que trata o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Pelo que a reprimenda ficou estabelecida em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão;

III – deu-se que o Tribunal de Justiça paulista acolheu agravo em execução, interposto pelo Ministério Público. O que fez para tornar prevalecente o patamar fixado na sentença originária (ou seja, 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão);

IV – já o Superior Tribunal de Justiça, esse concedeu a ordem de *habeas corpus* impetrado pelo recorrido. Ao fazê-lo, restabeleceu a decisão do Juízo das Execuções Penais para permitir ao paciente, ainda uma vez, o gozo da nova causa de diminuição da pena, criada pela mais recente Lei de Drogas.

8. Avanço para pontuar que o ministro Ricardo Lewandowski (relator) votou pelo provimento do recurso (Sessão de 02/12/2010). No que foi acompanhado pela ministra Cármen Lúcia e pelo ministro

RE 596.152 / SP

Joaquim Barbosa. Divergiram do Relator os ministros Cezar Peluso e Dias Toffoli.

9. Bem impressionado com as duas teses que se formaram no início deste julgamento, pedi vista dos autos para uma análise mais refletida da matéria. O que me permitiu elaborar o voto que ora trago a julgamento.

10. Muito bem. Anoto que a discussão aberta nestes autos diz com o tema do conflito intertemporal de leis penais. Mais precisamente, o nosso desafio é saber se a causa de diminuição de pena, instituída pelo § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pode, ou não, ser estendida a réus também condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, porém sob a vigência da Lei 6.368/1976.

11. Transcrevo do voto do eminente Relator a procedente anotação de que *“a doutrina sempre esteve dividida em relação a esse tema”*. Isso porque

“[...]”

Há quem defenda que a aplicação de tal medida isoladamente equivaleria à vedada prática de combinar leis, outorgando ao magistrado competência reservada ao legislador, com infração aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Essa corrente doutrinária argumenta que a conjugação de lei anterior com legislação posterior, para se extrair de cada uma delas o que melhor beneficiar o réu, seria totalmente inadmissível, pois o Poder Judiciário estaria criando uma terceira lei, invadindo, por consequência, competência reservada ao Poder Legislativo.

Nesse sentido, o grande jurista Nelson Hungria já asseverava que:

‘(...) cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova como 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 princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada de duas leis’.

RE 596.152 / SP

Nessa mesma linha, encontram-se, ainda, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, Von Litz, Claus Roxin, entre outros.

Em doutrina mais recente, Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli adotam, também, posicionamento contrário à mistura de preceitos legais mais benéficos. Sustentam que ao juiz é vedada a utilização de preceitos isolados, pois tal proibição não possui natureza apenas lógica, que seria em princípio superável, mas também racional, *'vale dizer, democrático: o juiz não pode criar uma terceira lei porque estaria aplicando um texto que, em momento algum, teve vigência'*.

Há, no entanto, corrente diversa, que admite a combinação de leis, capitaneada por doutrinadores de renome, tais como Cezar Bittencourt, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Francisco de Assis Toledo, Damásio de Jesus e Celso Delmanto. Invocando o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, concluem os citados juristas pela possibilidade de uma *lex tertia*, no intuito de favorecer o réu.

De acordo com essa corrente de pensamento, segundo a qual *'quem pode o mais pode o menos'*, se o juiz pode aplicar a lei por inteiro, também pode aplicá-la parcialmente. Não se trataria, portanto, de criação de nova lei, mas segundo o saudoso José Frederico Marques:

'(...) 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 porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a

RE 596.152 / SP

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 pruridos de lógica formal. (...) A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica, se, para evitar-se a transação e o eclecismo da lei posterior não for aplicada pelo Juiz; e este tem por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama os direitos do homem'.

Assim, entendem cabível um verdadeiro recorte das legislações, admitindo que se combine partes de uma lei anterior com outras de uma lei nova, tudo sob pretexto de beneficiar o réu.

[...]"

12. Foi diante desse dualismo doutrinário que o Supremo Tribunal Federal acabou por se filiar à corrente que não aceita a conjugação de lei anterior com dissonante legislação posterior, ainda que para beneficiar o réu ou aquele já definitivamente condenado. Logo, jurisprudência que inadmite o imbricamento ou a interpenetração de dispositivos legais que se cruzem antagonicamente no tempo, porque tal conjugação culminaria por criar um novo estatuto normativo para reger o caso concreto. E foi assim que eu mesmo votei, nos autos da Extradicação 925, julgada por este Tribunal Pleno, na Sessão de 10/08/2005 (precedente mencionado tanto pelo Relator quanto pelo recorrente), *in verbis*:

"[...]

55. Ora, ninguém discute a possibilidade da ultra-atividade e da retroatividade da lei penal mais favorável ao acusado; postulado, esse, insculpido tanto na Constituição da República do Paraguai (art. 14) quanto na Carta Política brasileira (art. 5º, XL). Todavia, coisa diversa de pinçar o conjunto mais favorável de normas de Direito Positivo é

RE 596.152 / SP

arbitrariamente combiná-las para compor um novo modelo legal. Uma lei imaginária. E a partir desse improvisado mosaico fazer as vezes de legislador...

[...]

59. Este Supremo Tribunal Federal brasileiro também não aceita a interpretação combinada de leis no tempo, com a criação de um terceiro ordenamento só para reger um caso específico. A propósito, o Recurso Criminal nº 1.381 (RTJ 94/501) o Recurso Criminal nº 1.412 (RTJ 96/547), e o HC 68.416 [da relatoria do ministro Paulo Brossard], este último assim ementado:

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

60. O que há de ser feito, então, ante um conflito de leis no tempo e da impossibilidade da combinação de modelos legais para resolvê-lo é buscar-se, nos parâmetros de cada caso, qual das leis em confronto é de ser aplicada em face da sua condição de maior benignidade.

[...]”

13. Nada obstante, prossegui meditando sobre o tema em discussão e, hoje, passado algum tempo, alcanço uma compreensão mais elaborada da matéria. A começar pela consideração de que não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em

RE 596.152 / SP

matéria penal; sabido que o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua compostura anímica e biopsíquica de microcosmo ou de um universo à parte. Por isso é que todo instituto de direito penal – crime, pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, por exemplo – há de ostentar o timbre da personalização, quando de sua concreta aplicabilidade. Quero dizer: tudo tem que ser rigorosamente personalizado na empírica aplicação do direito penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim individualizadamente concretizada. Atenta, ela, Constituição, ao modo personalíssimo de o ser humano interagir com as circunstâncias da infração penal que lhe é imputada.

14. Nesse fluxo de compreensão do tema, penso que a norma do inciso XL do art. 5º da *Lei das Leis* está a merecer de nossa parte uma interpretação mais elástica ou tecnicamente “generosa” (falaria o pranteado Miguel de Seabra Fagundes), na medida em que ela própria dispõe sobre a não-retroação da lei penal, “**salvo para beneficiar o réu**”. Por isso que sustentei, em obra de cunho doutrinário, que a principal diretriz hermenêutica do cientista e operador do direito é conferir o máximo de eficácia à Constituição, mormente naqueles dispositivos que mais nitidamente revelem a identidade ou os traços fisionômicos dela própria, como é o tópico dos direitos e garantias individuais. Confira-se:

“[...]”

5.7.2. A Constituição é norma em sentido material, tem força normativa própria (KONRAD HESSE) e deve ser interpretada de acordo com a sua mais alta hierarquia; ou seja, **à lei maior deve corresponder u'a maior eficácia**. Exceto se a própria norma constitucional, inequivocamente, pedir o adjutório de regra intercalar para a plenificação dos seus efeitos. Noutros termos, no ápice do dilema entre reconhecer a pleno-operância de uma norma constitucional e sua dependência de regração de menor estirpe, a opção do exegeta só pode ser pela operância plena da regra maior.

RE 596.152 / SP

[...]

5.7.10. Nessa mesma direção, imaginemos uma fundada hesitação exegética entre ampliar ou restringir a eficácia de uma norma constitucional que outorgue direito individual oponível ao Estado. Qual a preferência do intérprete? A preferência é pelo fortalecimento eficaz da norma, sabido que os direitos e garantias individuais cumprem o papel técnico e até mesmo histórico de afirmar o princípio da dignidade da pessoa humana e assim conter o Poder em certos limites. E a Democracia política vive é de técnicas restritivas do Poder, ora diretamente, ora de esguelha, e não de mecanismos ampliadores das competências governamentais para além dos estritos limites da necessidade do exercício delas.

[...]"

(*Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 198-200.)

15. Prossigo no raciocínio para ajuizar que o Magno Texto, no aludido inciso XL do art. 5º, quando fala de lei penal, está falando, em rigor, de norma penal (a "*norma penal* não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", é como se deve ler). Cada qual dessas normas com o seu instituto ou figura de direito, ora por inteiro, ora fragmentariamente. É dizer: em sede de interpretação do encarecido comando que se lê no inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Logo, o comando constitucional para que a lei não retroaja é pertinente à norma jurídico-positiva, com uma ressalva: a da imperiosa retroação dessa norma penal, se mais benéfica ao réu ou à pessoa já penalmente condenada. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, **não por mérito da lei em que inserida a regra penal assim mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma**. Constituição que se põe, então, como o único fundamento de validade da retroação penal da norma de maior teor benfazejo. É como dizer: se a benignidade está na regra penal, a retroação eficaz está na Constituição mesma.

RE 596.152 / SP

16. Deste ponto se infere que a prefalada discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) **é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma**; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos. E a se tomar como válido o juízo técnico de vedação da mescla, então a pergunta que nos cabe fazer é simplesmente esta: quando se tem uma indevida combinação de modelos prescritivos em matéria penal? Resposta: **o que a nossa Constituição rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito**. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benefazejo. Isso equivaleria a criar uma normação extralegislativa, puramente imaginária, como se fosse possível colocar um dos pés da interpretação na canoa mais nova e o outro pé na canoa mais velha para alcançar um mesmo destino. Proibição, portanto, decorrente do pétreo esquema constitucional da separação dos Poderes (inciso I do § 4º do art. 60 da CF/88), já antecipadamente formatado pelo art. 2º da mesma Lei Republicana, pois ao Poder Judiciário descabe legislar.

17. O que proclama a Constituição, portanto, **é a retroatividade** dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal temporalmente mais nova, se revele ainda mais benefazeja do que a norma igualmente penal até então vigente. Caso contrário, ou seja, se a norma penal mais nova consubstanciar política criminal de maior severidade, o que prospera é a vedação da retroatividade. Equivale a dizer: na hipótese de maior severidade ou endurecimento da norma penal mais nova, ela revoga, sim, a norma penal mais antiga; que, no entanto, **mantém**

RE 596.152 / SP

íntegros os efeitos que já deflagrou ou ainda esteja a deflagrar na esfera subjetiva de quem protagonizou os fatos por ela descritos como crimes. É o fenômeno da ultra-atividade eficaz da norma que, embora revogada, conserva os seus efeitos penais comparativamente mais benéficos quanto a determinados sujeitos de direitos. Morre a norma antiga, mas sobrevivem os seus efeitos comparativamente mais favorecedores de determinada(s) pessoa(s).

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

19. Nesse contexto, é de se ler a distinção feita por Cezar Roberto Bittencourt, *in verbis*:

“[...]”

A regra geral é a *atividade* da lei penal no período de sua vigência. A *extra-atividade* é exceção a essa regra, que tem aplicação quando, no conflito intertemporal, se fizer presente uma norma penal mais benéfica. São espécies dessa atividade estendida a *retroatividade* e *ultratatividade*. Esses dois efeitos ocorrem: quando a *lei revogada* for mais benéfica, ela terá *ultratatividade*, aplicando-se ao fato cometido durante sua

RE 596.152 / SP

vigência; no entanto, se a *lei revogadora* for a mais benigna, esta será aplicada *retroativamente*.

[...]"

(*Tratado de Direito Penal*: parte geral, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2006, p. 207/208.)

20. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Constituição Federal de 1988, tenho que o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 **outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante**. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Mas para melhor servir a essa garantia pelo uso de u'a mais justa proporcionalidade entre o castigo e as circunstâncias do crime de tráfico ilícito de entorpecentes em sua empírica perpetração. Confira-se:

“§ 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.”

21. Já alusivamente ao tipo penal ou delito em si do tráfico de entorpecentes, ele já figurava no art. 12 da Lei 6.368/1976. O ineditismo regratório, no que interessa a esta causa, deu-se tão-somente quanto à pena mínima de reclusão, que subiu de 3 (três) para 5 (cinco) anos. Afora pequenas alterações redacionais, tudo o mais se manteve substancialmente intacto, como se pode ver da seguinte comparação:

Lei anterior (6.368/1976)

“Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar,

RE 596.152 / SP

produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância

RE 596.152 / SP

entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.”

Lei nova (11.343/2006)

“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 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.

[...]

RE 596.152 / SP

§ 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.”

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

23. Não é o que sucede com o novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapõe a nenhuma anterior regra penal. Lógico! Daí poder incidir tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal. O que afasta, de plano, qualquer eiva ou mácula de combinação indevida de normas penais para compor uma terceira e imaginária regra penal sobre um mesmo instituto. Afinal, como combinar regra nova com uma inexistente norma velha? Impossível! O que de pronto afasta qualquer ofensa ao princípio da separação dos Poderes, pois não houve, por nenhuma, forma usurpação de competência legislativa pelo Poder Judiciário.

24. Enfim, e pelo menos em linhas gerais, outro não é outro o entendimento do ministro Cezar Peluso, que assim votou no julgamento do HC 95.435/RS (Segunda Turma, DJ 07/11/2008):

“[...]

Centra-se a questão em apurar, nos contornos do caso, o alcance do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. É que, ao mesmo tempo em que introduziu causa de diminuição da pena para o delito de tráfico de entorpecentes, a nova lei de tóxicos lhe aumentou a pena mínima e proibiu a aplicação de diversos institutos.

RE 596.152 / SP

Resta saber, pois, se é lícita a aplicação isolada da causa de diminuição de pena aos delitos cometidos sob a égide da lei antiga, tendo por base as penas então cominadas.

[...]

Aplicar a causa de diminuição não significa baralhar e confundir normas. Tal causa pode aplicada às inteiras, sem criação jurisdicional de instituto que componha requisitos de uma e de outra lei.

[...]

Nem se objete que a causa de diminuição seja dirigida somente ao *caput* da norma. Refere-se, na verdade, às condutas nele descritas, as quais já eram como tais tipificadas, em grande parte, na lei revogada.

Deve-se, ademais, atentar na finalidade e na *ratio* do princípio, para correta resposta à questão.

Tiro da manifestação do Deputado Paulo Pimenta, relator para o PLS nº 115/2002 (que deu origem à Lei nº 11.343/2006), na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, ao exarar parecer, em 10 de fevereiro de 2004:

“Não nos olvidamos da diferença existente entre pequenos e grandes traficantes. Por isso, mantivemos uma causa especial de diminuição da pena para o agente que seja primário e de bons antecedentes e cuja conduta se caracterize por ausência de habitualidade e caráter não profissional”.

Daí se vê que não há como repudiar a aplicabilidade da causa de diminuição também a situações anteriores, pois foi essa nova valoração da conduta menos perigosa daquele que se convencionou chamar de “pequeno traficante”, em oposição ao “grande traficante”, que lhe motivou a previsão legal. O propósito claro da lei foi punir de maneira menos severa pessoas nas condições nela disciplinadas, sem nenhuma correlação, por si, com as novas penas aplicáveis ou aplicadas.

RE 596.152 / SP

[...]

Não considero, portanto, que a aplicação da nova lei à pena fixada com base na lei antiga signifique criação de norma. O que ocorre é só a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

[...]

4. Com essas considerações, *data venia* da Ministra Relatora, concedo a ordem de *habeas corpus*.

[...]”

25. Já me encaminhando para o desfecho deste voto, ajuízo que eventual alegação de ofensa ao princípio da isonomia também não resiste a uma análise mais detida. É que, já dissemos, a retroatividade benigna opera por mérito da Constituição mesma (inciso XL do art. 5º), que se coloca, então, como o único fundamento de validade da retroação penal da norma de teor mais favorável. E se a vontade objetiva da Constituição é essa – desde a sua redação originária, acresça-se –, não cabe sequer cogitar de ofensa a esse ou aquele princípio igualmente constitucional. Afinal, a Constituição originária é a consubstanciação do poder que tudo pode, no campo da positividade jurídica, pois desconhece tabus materiais e contra seus dispositivos não cabe nenhum juízo de validade.

26. Por tudo quanto posto, peço vênias ao ministro Ricardo Lewandowski e aos Ministros que o acompanharam, para negar, como de fato nego, provimento ao recurso extraordinário. Acompanho, com estes fundamentos, a conclusão do voto proferido pelo ministro Cezar Peluso.

27. É como voto.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. AYRES BRITTO

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RECDO.(A/S) : LUÍS FERNANDO PENNA

ADV.(A/S) : DPE-SP - RAFAEL RAMIA MUNERATTI

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, dando provimento ao recurso, e os votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso (Presidente) e Dias Toffoli, negando-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ayres Britto. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República e, pelo recorrido, o Dr. Rafael Ramia Muneratti, Defensor Público do Estado. Plenário, 02.12.2010.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Ayres Britto, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 26.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro Luiz Fux (voto vista): Nobres Ministros, cuida-se de Recurso Extraordinário afetado ao Pleno para solucionar a querela jurídica que se formou em torno do art. 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, mais especificamente, a respeito da sua aptidão para atingir fatos passados.

O novel diploma, no que atine ao crime de tráfico de drogas, inovou em dupla frente em relação ao seu antecessor, a Lei nº 6.368/76: se por um lado modificou a escala penal básica – que era estabelecida em 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão e passou a 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, também de reclusão –, recrudescendo a pena mínima, por outro lado, trouxe uma inédita causa de diminuição de pena, permitindo a redução da reprimenda de um sexto a dois terços desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Eis o cerne da questão ora debatida: a referida minorante, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, deve retroagir para atingir fatos anteriores à vigência deste diploma?

O tema da retroatividade da lei penal é dos mais debatidos na doutrina, o que denota o quão áspero é o vertente julgamento. Nas palavras de Vincenzo Manzini, “uma vez que a Lei tenha eliminado ou abrandado uma restrição imposta à liberdade, o Estado, garante desta, não pode exigir ou implementar o que ele mesmo reconheceu não mais necessário ou excessivo e não conforme à justiça” (tradução livre do

RE 596.152 / SP

trecho: “*non appena la legge ha sciolto o rallentato un vincolo imposto alla libertà, lo Stato, garante di questa, non puo richiedere od attuare ciò che esso medesimo ha riconosciuto non più necessario o eccessivo e non conforme a giustizia*”. Trattato di Diritto Penale Italiano. 4ª ed. Torino: UTET, 1981. p. 370-371).

Se a justificativa para a irretroatividade da lei criminal reside na proteção dos indivíduos contra o superveniente aumento no rigor do tratamento penal de um fato, essa razão cai por terra quando a nova lei é benigna ao *status libertatis* dos cidadãos. O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa. A lei, expressão da democracia e garante das liberdades individuais, não pode ter a sua incidência manietada quando se trata de favorecer os direitos fundamentais, sendo esse o caso da *novatio legis in melius*.

A grande dificuldade, nesta seara, é estabelecer qual é a Lei mais favorável. Parece simples, à primeira vista, apontar, em um conflito de leis no tempo, aquela que deve ser considerada como a *lex mitior*. Entretanto, é de ser considerado que as leis não são editadas com sinais indicativos, que permitam uma clara identificação daquela que é mais favorável ao réu. A nova lei pode ser mais benéfica em alguns aspectos e prejudicial em outros, tornando árdua a tarefa de aplicar o art. 5º, XL, da Carta Magna (“*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”).

Nesses casos complexos, indaga-se se é dado ao intérprete aplicar a lei nova aos fatos passados em parte, apenas naquilo em que for mais favorável. Conforme adverte Guillermo Oliver Calderón, Professor da Universidad Católica de Valparaíso, um dos maiores estudiosos da matéria no mundo:

No âmbito das consequências penais, também pode

RE 596.152 / SP

resultar extremamente difícil determinar qual é a lei mais favorável. *Verbi gratia*, poderia acontecer que a lei posterior diminuísse o limite inferior da pena privativa de liberdade estabelecida na lei anterior, mas aumentasse o limite superior, ou, ainda, que rebaixasse o limite superior, porém aumentasse o inferior. Poderia ocorrer, também, que a lei nova eliminasse a pena privativa de liberdade de muito curta duração contemplada na lei precedente, mas a substituisse por uma pena restritiva de liberdade de longa duração ou por uma pena pecuniária de elevada monta. Poderia suceder, ainda, que a lei posterior criasse uma nova atenuante de responsabilidade penal, porém estabelecesse uma nova agravante.

(...) a maioria dos autores assinala que deve aplicar-se uma ou outra lei, integralmente, em bloco, sem que possam combinar-se os aspectos mais favoráveis delas. Isso se traduz em uma proibição da denominada *lex tertia* ou princípio de combinação.

(Tradução livre. Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 56-61)

No mesmo sentido é a lição de Manzini, que afirma que “a escolha deve recair sobre a lei antiga ou a nova, uma ou outra considerada integralmente e distintamente, sendo vedado aplicar simultaneamente as disposições mais favoráveis de ambas, a menos que haja disposição expressa em sentido diverso” (tradução livre do trecho: “*la scelta deve cadere sulla legge antica o sulla nuova, l’una o l’altra considerata integralmente e distintamente, essendo vietato di applicare simultaneamente le disposizioni più miti di entrambe, a meno che non sia disposto diversamente in modo espresso*”). Trattato di Diritto Penale Italiano. 4ª ed. Torino: UTET, 1981. p. 391).

Ainda se alinham a essa vertente doutrinária: José Cerezo Mir (Curso de derecho penal español. Parte general. T. I. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 234); Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán (Derecho penal. Parte general. 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p.

RE 596.152 / SP

146); e Fernando Mantovani (Diritto penale. Parte generale. 3ª ed. Padova: CEDAM, 1992. p. 123), dentre outros.

É de se ressaltar, todavia, que doutrina de escol defende orientação inversa, reclamando a retroatividade dos elementos mais benéficos da lei superveniente e refutando, por outro lado, a aplicação das demais disposições aos fatos passados. José Frederico Marques, ferrenho defensor da tese da *lex tertia*, expunha os seguintes argumentos:

Dizer que o Juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois 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 porque 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 sobrepair a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação, pelo papel preponderante do texto constitucional. A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica, se, para evitar-se a transação e o ecletismo, a parcela benéfica da lei posterior não for aplicada pelo Juiz; e este tem por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama os direitos do homem.

(Tratado de direito penal. 2ª ed. V. 1. São Paulo: Saraiva,

RE 596.152 / SP

1964. p. 210-211)

Somam-se, ainda, as vozes de Mirabete, para quem “a melhor solução (...) é a de que pode haver combinação de duas leis, aplicando-se ao caso concreto os dispositivos mais benéficos” (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Código Penal interpretado. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 14), e de Delmanto, que entende “que a combinação de leis para beneficiar o agente é possível” (DELMANTO, Celso *et alii*. Código Penal Comentado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 22), apenas para citar alguns nomes de prestígio na doutrina pátria.

Na doutrina estrangeira, colhe-se a lição de Günther Jakobs, *verbis*:

De acordo com a doutrina majoritária, deve-se comparar a gravidade das consequências do fato da lei antiga, acumuladas, com as da lei nova, também acumuladas, e não cada uma das reações jurídico-penais separadamente (alternatividade das leis). Por conseguinte, em conclusão, só pode ser mais favorável a lei antiga ou a lei modificada, mas não a antiga, apenas com relação a uma consequência, e a modificada, no que atine a outra. Não se pode manter essa solução; em todo caso, nas reações mencionadas no § 2.5 StGB há que se levar a cabo a determinação individual: a proibição de retroatividade do § 2.5 StGB é completamente idêntica a um mandado de recortar retroativamente a nova lei para alcançar a antiga regulação; é dizer, rompe a alternatividade.

(Tradução livre. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 125)

A jurisprudência comparada nos revela exemplos de soluções intermediárias. Na França, conforme explica Gilles Mathieu, “na prática, os Tribunais fazem uma distinção dependendo se a nova lei contém disposições divisíveis ou indivisíveis. Se a lei for divisível, apenas as partes mais favoráveis retroagirão (...). Uma lei é divisível quando as suas

RE 596.152 / SP

disposições formam um bloco indissociável” (tradução livre do trecho: *“Dans la pratique, la jurisprudence opère une distinction selon que la loi nouvelle contient des dispositions divisibles ou indivisibles. Si la loi est divisible, seules les parties plus douces rétroagissent (...). Une loi est donc indivisible lorsque ses dispositions forment un bloc indissociable”*. L’application de la loi pénale dans le temps (Dans la perspective du nouveau code pénal). In: *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. n° 2, avril-juin 1995. Sirey Editions. p. 269). Essa solução temperada encontra eco na doutrina de Nilo Batista e Zaffaroni, valendo transcrever suas lições:

Parece que a única objeção lógica oponível à combinação de leis, que outorgaria consistência ao argumento tradicional da aplicação de lei inexistente, residiria na fissura de dispositivos legais incindíveis, organicamente unitários, preocupando-se a Corte Suprema com que sejam “separáveis as partes das normas em conflito” e a doutrina com a aplicação do “preceito por inteiro”. Ressalvada, portanto, a hipótese em que a aplicação complementar dos textos legais concorrentes no tempo implique desvirtuar algum dos dispositivos operados, pela abusiva subtração de cláusula que condicionaria sua eficácia (quando, sim, poder-se-ia falar de uma lei inexistente), cabe admitir no direito brasileiro a combinação de leis no procedimento para reconhecer a lei mais benigna.

(BATISTA, Nilo *et alii*. Direito Penal Brasileiro – I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 215)

Estabelecida a divergência acadêmica, e antes de me filiar a qualquer dos entendimentos, deve-se aferir qual a real intenção da Lei nº 11.343/06. Na análise de Luiz Flávio Gomes, “de uma forma geral, percebe-se que os tipos penais existentes na Lei 6.368/76 foram mantidos, sofrendo, entretanto, uma majoração significativa da pena” (Lei de Drogas Comentada. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 25). O legislador observou a orientação contida na Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 90 de 1972, que assim dispõe em seu artigo 22.1:

RE 596.152 / SP

ARTIGO 22

Disposições Penais

1 a) Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada parte tratará como delito punível qualquer ato contrário a uma lei ou regulamento adotado em cumprimento às obrigações oriundas da presente Convenção, quando cometido intencionalmente, e cuidará que delitos graves sejam passíveis de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade.

b) Não obstante a alínea precedente, quando dependentes de substâncias psicotrópicas houverem cometido tais delitos, as partes poderão tomar providências para que, como uma alternativa à condenação ou pena ou como complemento à pena, tais dependentes sejam submetidos a medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social, em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 20.

A ratio legis, evidenciada em diversos trechos do novo diploma, é a de enrijecer a resposta penal aos grandes traficantes de drogas e àqueles que enriquecem a custas dessa mazela social, e, ao mesmo tempo, abrandar a sanção aos usuários e traficantes de pouca expressão.

O tratamento penal mínimo conferido pela Lei nº 11.343/06 aos traficantes primários, de bons antecedentes, e que não se dedicam às atividades criminosas nem integram organização criminosa, resulta em uma reprimenda corporal de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, correspondente à incidência máxima da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, (dois terços) sobre a menor pena prevista na escala penal do *caput* do mesmo artigo (cinco anos). Pretender a retroatividade isolada da minorante alcunhada como “tráfico privilegiado”, significa alterar uma sanção penal mínima de 1 (um) ano de reclusão para a mesma conduta. Desse modo, aqueles que praticaram o crime antes da novel legislação seriam favorecidos por regramento privilegiado, mais favorável do que

RE 596.152 / SP

aquele aplicável aos que delinquirem após o advento da Lei de Drogas de 2006. Diversas razões militam contra essa conclusão. Passo a enumerá-las.

A primeira, e mais evidente, é a afronta acachapante ao princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição. Nenhum argumento é capaz de justificar que o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna permita que duas pessoas, que praticaram o mesmo fato delituoso, nas mesmas condições, recebam penas distintas, apenas em razão do tempo em que o crime foi levado a cabo. Essa situação é possível quando a lei antiga punia o crime de maneira mais branda que a lei modificada – aplicando-se o princípio da irretroatividade da *novatio legis in pejus* –, porém, em tal conjuntura é mantida a reprimenda prevista na legislação anterior. Os que defendem a *lex tertia* talvez não tenham se apercebido do paradoxo que seria uma lei retroagir conferindo aos fatos passados uma situação jurídica mais favorável do que àqueles praticados durante a sua vigência. Vale lembrar que a igualdade perante a lei é um dos fundamentos da retroatividade da lei penal mais favorável.

Conforme dito alhures, outro fundamento desse princípio reside na mudança da valoração de uma conduta delituosa pela sociedade, que passa a considerar despicienda ou excessiva a punição até então dispensada a ela. Ocorre que a retroatividade da lei “em tiras” consiste em velada deturpação da nova percepção que o legislador, responsável por expressar os anseios sociais, manifestou a respeito dessa mesma conduta. Em palavras mais singelas: a sociedade pós-Lei 11.343 quer uma punição mínima de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão para o “tráfico privilegiado”, não sendo possível dispensar tratamento mais brando aos crimes pretéritos dessa natureza.

A *lex tertia* viola, ainda, dois outros fundamentos do art. 5º, XL, *in fine*, da Lei Maior: o princípio da legalidade e a democracia. Cria-se, com a tese que ora se refuta, uma regra que não está prevista nem na lei antiga e nem na lei nova, que não goza do batismo democrático atribuído à Lei

RE 596.152 / SP

formal. Ao Judiciário não é dado arvorar-se no papel de legislador para pretender, mediante manobra interpretativa, resultado contrário à vontade da lei (ou melhor, das leis) e da Constituição.

A questão em tela reclama, portanto, o que Mathieu denomina como “sistema da apreciação *in concreto*” (*op. cit.* p. 270), em conjunto com o princípio da alternatividade referido por Jakobs (*loc. cit.*); é dizer, o julgador, caso a caso, deve avaliar se é mais favorável ao réu a aplicação da lei antiga ou da lei nova, uma ou outra, considerada integralmente. Assim, é lícito afirmar que o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas hoje vigente pode retroagir; porém, desde que associado à pena-base prevista no *caput* do mesmo artigo, e contanto que não seja mais benéfica ao agente a incidência da reprimenda prevista no antigo art. 12 da Lei nº 6.368/76. As duas dosimetrias deverão ser realizadas, pela lei nova e pela lei antiga, a fim de aferir qual a que melhor favorece o *status libertatis* do sentenciado.

Essa é a solução também encontrada por Damásio de Jesus, que assim se manifesta a respeito do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06:

O redutor previsto no dispositivo é digno de encômios, porém, tem uma razão de ser: cuida-se de causa de redução de pena *vinculada* aos novos limites mínimo e máximo previstos no *caput* do art. 33 da Lei. A lei pretendeu temperar os rigores da punição ao traficante primário, de bons antecedentes, que não tenha envolvimento habitual com o crime ou que não faça parte de associação criminosa. Por esse motivo, não há razões plausíveis, com o respeito às opiniões contrárias, para que seja aplicado o redutor sobre as penas cominadas no preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

(Lei Antidrogas anotada. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128)

No caso *sub judice*, o Ministério Público impugna decisão do Superior Tribunal de Justiça que optou pela aplicação retroativa da causa

RE 596.152 / SP

de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e restou assim ementada:

“CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECEM A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. CONCEDIDA ORDEM DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E ALTERAR SEU REGIME DE CUMPRIMENTO.

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

3. Ordem concedida para cassar o acórdão do Tribunal a quo e restabelecer a decisão da Vara de Execuções Criminais de São Paulo, juntada à f. 17/18, que aplicou retroativamente a causa de redução.”

O recorrido foi condenado a 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pelo crime de tráfico de drogas, por aplicação do artigo 12 da Lei 6.368/76. O juízo da execução, com o advento da Lei nº 11.343/06, determinou a aplicação da minorante contida no art. 33, § 4º, para beneficiar o sentenciado, diminuindo a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a agravo em execução interposto pelo *parquet* a fim de

RE 596.152 / SP

restabelecer a reprimenda fixada na sentença condenatória, acórdão esse que foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, para tornar a determinar a retroação da causa de diminuição de pena em comento.

Após esse breve relato, e à guisa de conclusão, filio-me à posição já manifestada neste Plenário pelos Excelentíssimos Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, com a vênua dos demais pares, para considerar, nos termos já expostos, que a *lex tertia* constitui patente violação aos princípios da igualdade, da legalidade e da democracia (arts. 5º, *caput* e II, e 1º, *caput*, respectivamente, todos da Constituição).

Ex positis, acompanho o Relator e dou provimento ao recurso extraordinário, reformando o acórdão recorrido, para determinar a remessa dos autos ao Juízo das Execuções, que deverá realizar as duas dosimetrias, uma de acordo com a Lei nº 6.368/76 e outra conforme a Lei nº 11.343/06, guardando observância ao princípio da alternatividade, para aplicar a pena mais branda ao recorrido.

É como voto.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, acompanhei o debate que o Ministro Britto já tinha suscitado e Vossa Excelência também.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite, apenas para avivar a nossa memória? No meu voto, assentei que o caso não é de mescla de leis, porque a minorante, instituída pelo § 4º do art. 33 da Lei, é inédita.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Art. 33. É.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Então, não há como comparar essa norma com norma anterior para ver qual das duas é mais benéfica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Foi isso que entendi. Entre as alternativas não havia essa hipótese da *lex tertia*.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso ficou muito claro no seu voto e também na manifestação do Ministro Cezar Peluso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Do Ministro Cezar Peluso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sem mais delongas, portanto, Presidente, peço vênias às manifestações em contrário, mas acompanho os votos do Ministro Britto e de Vossa Excelência.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a primeira condição da segurança jurídica é a irretroatividade da lei. No caso, essa premissa é mitigada pela própria Constituição Federal, ao prever que a lei penal mais benéfica ao acusado retroage visando à disciplina da própria ação penal.

O que ocorreu com a edição da Lei nº 11.343/2006? Uma opção político-normativa voltada a rigor maior no combate ao tráfico de drogas – crime dos mais danosos à sociedade. E, então, veio à balha a exacerbação das penas – refiro-me não apenas àquela alusiva ao direito de ir e vir, à liberdade do acusado, do réu, como também à relativa à multa.

O que tínhamos anteriormente? Segundo a lei regedora da espécie – a lei em vigor na data do cometimento criminoso –, tínhamos um balizamento de três a quinze anos e multa de 50 a 360 dias-multa. Esses parâmetros foram alterados substancialmente pela nova Lei – de nº 11.343/06 –, que passou a prever o piso de cinco anos e manteve o teto de quinze anos, majorando a pena de multa de 500 a 1.500 dias-multa – antes tínhamos 50 a 360 dias-multa.

Ante esse contexto, cuidou-se, para situações peculiares, de uma causa de diminuição da pena, inserindo-se no § 4º – e sabemos que o parágrafo é interpretado segundo o artigo; segue à sorte, portanto, do que poderíamos apontar, lançando mão do Direito Civil, como principal – uma causa de diminuição da pena.

"Art. 33 [...]

[...]

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços,

RE 596.152 / SP

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" – o que até hoje não foi definido como tipo – "organização criminosa".

Razão de ser do preceito: mitigar a elevação do piso, em termos de pena restritiva da liberdade, de três anos para cinco.

É possível mesclar-se – e, com a devida vênia, entendo que ocorre mesclagem de sistemas – a Lei nº 6.368/76 com a nova lei, mantendo o balizamento, em termos de pena, da primeira, mas adotando-se essa causa de diminuição que está jungida à cabeça do artigo 33 da nova lei? A meu ver, Presidente, não. Se procedermos dessa forma, colocaremos em plano secundário o princípio unitário, o princípio do conglobamento. Criaremos, como que, novo diploma para reger a matéria.

Tenho votado nesse sentido na Turma. Continuo convencido de que é a melhor solução em termos de ato de vontade, o ato de interpretar e, por isso, peço vênia àqueles que divergiram do relator para acompanhá-lo no voto proferido e, portanto, prover o recurso interposto pelo Ministério Público Federal.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, pela ordem, muito embora eu já tenha votado, tenho aqui uma informação prática, digamos assim. Na linha do pensamento do Ministro Marco Aurélio, pelos cálculos, se houver uma aplicação irrestrita dessa minorante, o tráfico vai passar a ser apenado com a mesma sanção que se aplica ao falso testemunho, gerando, no meu modo de ver, **data maxima venia**, uma situação que não passa pelo princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade. Esse foi o dado prático que entendi interessante.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É que o princípio da proporcionalidade, em matéria penal, opera à luz de cada instituto de Direito Penal mesmo e não por comparação. Certamente Vossa Excelência não está afirmando que é por comparação, mas está falando apenas que a política criminal ficaria, de alguma forma...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A política criminal que veio com a nova lei, quer dizer, uma aplicação irrestrita, como já disse em meu voto, estaria, digamos assim, na contramão da **ratio essendi** da nova lei.

13/10/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152 SÃO PAULO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, permita-me Vossa Excelência apenas uma observação de ordem prática para a reflexão do Plenário?

Estamos diante de um impasse de cinco votos a cinco, que, certamente, Vossa Excelência saberá muito bem resolver. Mas talvez tenhamos que modular os efeitos porque, se afirmarmos - ou, enfim, estudarmos uma solução - que se pode mesclar as leis, nós receberemos - e os tribunais do país - revisões criminais inúmeras para rever a dosimetria de casos já julgados.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência me permite? Em meu voto não foi afirmado o princípio, que para alguns é de Direito Constitucional - inclusive do Ministro Peluso e do Ministro Celso -, da possibilidade da mescla. Eu afirmei que, no caso, não há mescla, porque a minorante instituída pela nova lei não pode se confrontar com a lei anterior, em sentido contrário, porque a lei anterior não cuidava desse tipo de minorante que se consubstancia no preenchimento de quatro condições cumulativamente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É uma lei nova que se aplica a uma situação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É uma lei nova, absolutamente inédita na instituição do preenchimento dessas quatro condições da minorante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - De qualquer maneira, várias decisões já foram tomadas não

RE 596.152 / SP

admitindo essa orientação de que se trata de uma lei nova e partindo do pressuposto que é uma mescla de lei inadmissível. Então, corremos o risco, evidentemente, como corremos em todas as decisões, de que, a partir de um pronunciamento do Plenário do Tribunal, possam ser revistas as condenações anteriores.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? A rigor, estamos julgando *habeas corpus* com roupagem de recurso extraordinário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Com repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No caso de empate, há a concessão da ordem sem que se tenha eleição de entendimento presente a maioria.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Sem que se afirme a tese.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Exatamente. É o artigo 146, parágrafo único.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: ...de nosso Regimento Interno.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Bem observado, Ministro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Como todos os Juízes da Corte já votaram, não há mais o que aguardar senão proclamar o resultado mais favorável ao ora recorrido.

RE 596.152 / SP

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Consequência de termos uma cadeira vaga há alguns meses.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É verdade!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Certamente esse tema retornará ao Plenário, porque houve o empate de cinco a cinco, e o novo ou a nova Ministra decidirá.

Eu concordo plenamente, como Relator, Senhor Presidente, com a observação do eminente Ministro Marco Aurélio e verifico também que, na origem, trata-se de um *habeas corpus*. Contra uma decisão desfavorável, foi manejado um recurso extraordinário, por parte do Ministério Público; apontou-se a repercussão geral do tema, mas, a meu juízo, não se chegou a uma conclusão quanto à solução dessa temática de natureza constitucional. Decidiu-se, no caso concreto, com fundamento no artigo 146 do nosso Regimento Interno que, tratando-se de *habeas corpus*, no caso de empate, a solução mais favorável ao réu é que prevalece.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Lewandowski, eu queria apenas chamar atenção, Senhor Presidente, que eu acho bom que esse tipo de observação seja feita de maneira clara e bem objetiva, porque foi afetado ao Plenário - esse recurso originariamente não viria aqui, não é isso?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - É porque foi apontado para repercussão geral.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Se tiver havido a repercussão geral, de toda sorte, isso firma um outro tipo de jurisprudência. É diferente se for um recurso afetado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, Excelência, não há maioria.

RE 596.152 / SP

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu comecei dizendo, Ministro, que essa observação é necessária, não houve maioria no caso de repercussão geral; a matéria não está, portanto, consolidada, está resolvida. Mas eu digo isso para que os Juízes brasileiros, que têm de aplicar essa matéria, não se vinculem a essa decisão como se ela já fosse definitiva sobre o tema, exatamente em face do empate.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Fora isso, a definição seria na base do par ou ímpar!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, a solução está também super bem posta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tendo em conta o impasse, cinco votos a cinco.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É. Então, apenas para chamar atenção para isso: a matéria, diante do impasse, se resolveu nos termos regimentais. Mas, em que pese a repercussão geral ter sido reconhecida, vai ser necessário que se retorne para que se consolide o entendimento que passará a vincular, se for o caso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - É muito oportuna a observação.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.152

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. AYRES BRITTO

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RECDO.(A/S) : LUÍS FERNANDO PENNA

ADV.(A/S) : DPE-SP - RAFAEL RAMIA MUNERATTI

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, dando provimento ao recurso, e os votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso (Presidente) e Dias Toffoli, negando-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ayres Britto. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República e, pelo recorrido, o Dr. Rafael Ramia Muneratti, Defensor Público do Estado. Plenário, 02.12.2010.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Ayres Britto, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 26.05.2011.

Decisão: Em face do empate na votação, após os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio, que deram provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso (Presidente), Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que lhe negavam provimento, o Tribunal proclamou a decisão mais favorável ao recorrido com base no artigo 146, parágrafo único, do RISTF, e, como tal, negou provimento ao recurso extraordinário. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Ayres Britto. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 13.10.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/Luiz Tomimatsu
Secretário