

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
RECTE.(S) : **NANCY ROMAN CAMPOS**
DP : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes.

II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes.

III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade.

IV - Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que davam provimento integral ao recurso, e parcialmente o

RE 600817 / MS

Ministro Marco Aurélio, que lhe negava provimento. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso.

Brasília, 7 de novembro de 2013.

RICARDO LEWANDOWSKI - RELATOR

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
RECTE.(S) : **NANCY ROMAN CAMPOS**
DP : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI** (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário criminal interposto por **NANCY ROMAN CAMPOS** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que entendeu inaplicável a norma constante do art. 33, § 4º, e art. 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/2006, ao fato criminoso anterior à sua vigência.

A ementa desse julgado foi assim redigida, no que importa:

“PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÕES DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INTERNACIONALIDADE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 11.343/06: DESCABIMENTO. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 11.464/2007.

(...)

8. A Lei nº 11.343, de 23/08/2006, estabeleceu para o crime de tráfico pena base mais grave que a anteriormente constante da Lei 6.368/76, diminui a causa de aumento de pena relativa à internacionalidade e criou causa de diminuição de pena, para o réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa, que não era prevista na lei anterior.

RE 600817 / MS

9. *Incabível a aplicação retroativa das normas relativas às causas de aumento e diminuição de pena, porque tais dispositivos não podem ser dissociados da norma que estabeleceu pena base mais grave que a anterior.*

10. *Não é possível combinar a pena base da lei anterior com as causas de aumento e diminuição da lei nova, formando uma terceira lei, não prevista pelo legislador, sob o argumento de que parte da lei nova é mais benéfica e portanto deve retroagir para favorecer o réu, pois ao assim agir, o Juiz, na verdade, está legislando criando uma nova lei, de conteúdo híbrido, não prevista pelo ordenamento jurídico, nem intencionada pelo legislador, o que não lhe é lícito, sob pena de afronta ao princípio constitucional de separação de poderes.*

11. *Não se pode considerar que a Lei n° 11.343/06 seja mais benéfica, uma vez que o réu que for condenado por crime cometido na sua vigência não estará necessariamente em situação melhor que aquele que praticou o delito na vigência da lei anterior: apesar da causa de aumento de pena da internacionalidade ser mais branda e haver previsão de uma causa de diminuição anteriormente inexistente, elas serão aplicadas sobre uma pena base mais grave” (fls. 227-228).*

Insatisfeita, a ré interpôs recurso extraordinário com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, em que alegou, em suma, violação ao art. 5º, XXXIX, XL e XLVI, da mesma Carta da República.

Em suas razões recursais sustentou a existência de repercussão geral do tema constitucional ventilado no extraordinário. Alegou, em preliminar, nulidade do acórdão recorrido, ao argumento de que o “TRF3 negou a existência de contraditório após a publicação do acórdão e, ainda, o pedido de intimação da defesa após a acusação” (fl. 292).

Quanto ao mérito, sustentou violação ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, em síntese, sob o seguinte argumento:

“Levando-se em conta que a pena-base disposta no artigo 12 da Lei revogada é menos gravosa à Ré do que a exposta na Lei 11.343/06,

RE 600817 / MS

em razão do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, é imperioso concluir pela necessária aplicação desse dispositivo combinado com os artigos já transcritos da lei 11.343/06, já que mais favorável à aplicação isolada da Lei 11.343/06.

Cite-se, nesse passo, que estão preenchidos todos os requisitos para aplicação dos artigos acima conforme se demonstrará nos tópicos que se seguirão.

Assim, calculando-se a pena sob os preceitos acima e nas proporções aplicadas pelo v. Acórdão (pena-base na ordem de 5 anos, diminuição de 2/3 para o artigo 33, § 4º, e aumento de 1/6 para o artigo 40, I, da Lei 11.343/06), esta equivaleria, ao final, a pena inferior aos 5 anos e 3 meses impostos judicialmente para o cumprimento da Recorrente" (fls. 307-308).

Admitido o recurso (fls. 369-372), a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Wagner Gonçalves, opinou pelo desprovimento do RE (fls. 421-425).

Em 2/8/2010, determinei a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que fosse observado o art. 543-B do CPC, uma vez que a matéria constitucional em debate teve a repercussão geral reconhecida no RE 596.152-RG/SP, de minha relatoria.

O RE 596.152-RG/SP, por seu turno, foi levado a julgamento na sessão plenária de 13/10/2011. Ocorre que a votação terminou empatada, com cinco votos favoráveis a tese da possibilidade da pretendida combinação de leis e cinco votos contra.

Em face desse empate, o Tribunal proclamou a decisão mais favorável ao réu e, então, negou provimento ao RE 596.152-RG/SP. No entanto, a decisão valeu apenas para aquele caso concreto, não sendo extensível aos demais processos submetidos ao regime da repercussão geral.

RE 600817 / MS

Por essa razão, este recurso extraordinário que já havia sido devolvido ao Tribunal de origem, como afirmei, foi novamente remetido ao Supremo Tribunal Federal para que a matéria nele versada, e que teve a repercussão geral reconhecida, tenha um posicionamento do Plenário.

É o relatório necessário.

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Senhores Ministros, como relatado, a matéria já é conhecida deste Plenário, mas na última oportunidade em que o tema foi aqui trazido houve um empate na votação.

Após reexaminar os diversos argumentos trazidos pelas partes, bem como pelos Ministros desta Casa na Sessão Plenária de 13/10/2011, peço vênia aos que têm entendimento contrário para manter o posicionamento externado naquela assentada.

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

A questão posta neste extraordinário, pois, é saber se é possível efetuar a dosimetria da pena com a aplicação combinada da Lei 11.343/2006 e da Lei 6.368/1976.

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

RE 600817 / MS

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”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

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*

RE 600817 / MS

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 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 sobrepor 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.

direito penal brasileiro: parte geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 220.

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

RE 600817 / MS

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.

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 posição.

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

RE 600817 / MS

da retroatividade da 'lex mitior' não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. Habeas corpus indeferido”.

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. Ayres Britto, esta Corte enfrentou tema semelhante. Segundo relatório do Ministro 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. Ayres 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

RE 600817 / MS

contrastantes dispositivos de variados diplomas legais que se seguiram no tempo, conjugando-os e criando um novo estatuto normativo para reger o caso concreto.

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, acrescenta-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.

RE 600817 / MS

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

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

RE 600817 / MS

deve retroagir para beneficiar o réu, não fazendo menção sobre sua aplicação para autorizar que apenas algumas partes de diversas leis possam ser aplicadas separadamente para favorecê-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 se pretende é 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.

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 severa para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, prevendo, contudo, no § 4º do art. 33, uma causa especial de diminuição de pena que

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

RE 600817 / MS

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 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

RE 600817 / MS

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

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 600817 / MS

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:

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 12 DA LEI N. 6.368/76). PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA RETROATIVA DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 SOBRE A PENA COMINADA NO ART. 12 DA LEI 6.368/76 (ART. 5º, INC. XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). IMPOSSIBILIDADE DE MESCLAR PARTES FAVORÁVEIS DE LEIS CONTRAPOSTAS NO TEMPO, SOB PENA DE SE CRIAR, PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO, UM TERCEIRO SISTEMA (LEX TERTIA). USURPAÇÃO DE FUNÇÃO LEGISLATIVA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI EM SUA INTEGRALIDADE, COM O QUE RESTA ATENDIDO O PRINCÍPIO DA RETROAÇÃO DA LEI BENÉFICA. CONCESSÃO DA ORDEM, EM PARTE, PELO STJ PARA QUE O TJ/RS EXAMINASSE O CASO CONCRETO E APLICASSE, EM SUA INTEGRALIDADE, A LEI MAIS FAVORÁVEL. MINORANTE DA LEI N. 11.343/2006 NEGADA PELA CORTE ESTADUAL EM RAZÃO DE O PACIENTE OSTENTAR MAUS ANTECEDENTES, EMERGINDO FAVORÁVEL A FIXAÇÃO DA PENA COMINADA NA LEI N. 6.368/76. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não incide sobre a pena cominada no art. 12 da

RE 600817 / MS

Lei n. 6.368, posto não ser possível mesclar partes favoráveis de normas contrapostas no tempo para criar-se um terceiro sistema (lex tertia) pela via da interpretação, sob pena de usurpação da função do Poder Legislativo e, em consequência, de violação do princípio da separação dos poderes. 2. A aplicação da lei mais favorável, vale dizer a Lei n. 6.368/76, sem a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, ou a novel Lei de Entorpecentes, com a minorante do § 4º de seu art. 33, atende ao princípio da retroatividade da lei benéfica, prevista no art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, desde que aplicada em sua integralidade. 3. In casu, o acórdão impugnado, perfilando o entendimento acima, concedeu parcialmente a ordem para determinar ao TJ/RS que verificasse qual a lei mais favorável, a Lei n. 6.368/76, vigente à época dos fatos, ou a Lei n. 11.343/06, com a minorante prevista no § 4º de seu art. 33, sendo certo que a Corte estadual entendeu inaplicável a minorante da novel Lei de Entorpecentes sob o fundamento de que o paciente não preenche os requisitos exigidos, porquanto ostenta maus antecedentes, emergindo mais benéfica a Lei n. 6.368/76, cuja pena mínima cominada é de 3 (três) anos, contrastando com a pena de 5 (cinco) anos cominada no art. 33 da Lei da Lei n. 11.343/06. 4. Deveras, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que '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', a evidenciar o acerto da decisão do Tribunal de Justiça ao negar a aplicação da referida minorante, face à circunstância de que o paciente ostenta maus antecedentes. Por isso a pertinente anotação do Ministério Público Federal de que 'diante dos registros de maus antecedentes do paciente, que cumpre pena de 30 (trinta) anos de reclusão, pela prática dos delitos de furto, estupro e tráfico de drogas, a aplicação do art. 33 da Lei 11343/06 na integralidade lhe seria desfavorável, uma vez que incabível a minorante do § 4º do art. 33 da referida lei'. 5. Ausência de constrangimento ilegal. 6. Ordem denegada" (HC 107.583/MG, Rel. Min. Luiz Fux).

RE 600817 / MS

“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 l e g i s l a d o r , s o b p e n a d e v i o l a ç ã o a o s p r i n c í p i o s d a l e g a l i d a d e , d a a n t e r i o r i d a d e d a l e i p e n a l (a r t . 1 º d o C ó d i g o P e n a l) e d a s e p a r a ç ã o d e p o d e r e s . 3 . O r d e m d e n e g a d a ” (H C 9 6 . 8 4 4 / M S , R e l . M i n . J o a q u i m B a r b o s a - g r i f o s m e u s) .

“H A B E A S C O R P U S . T R Á F I C O I N T E R N A C I O N A L D E E N T O R P E C E N T E . C R I M E C O M E T I D O N A V I G Ê N C I A D A L E I N º 6 . 3 6 8 / 7 6 . R E T R O A T I V I D A D E D O § 4 º D O A R T . 3 3 D A L E I N º 1 1 . 3 4 3 / 0 6 . C O M B I N A Ç Ã O D E L E I S . I N A D M I S S I B I L I D A D E . P R E C E D E N T E D O S T F . P A C I E N T E Q U E O S T E N T A M A U S A N T E C E D E N T E S . A U S Ê N C I A D O S R E Q U I S I T O S L E G A I S . O R D E M D E N E G A D A . 1 . A p a c i e n t e f o i c o n d e n a d a à p e n a d e 4 (q u a t r o) a n o s e 4 (q u a t r o) m e s e s d e r e c l u s ã o , p e l a p r á t i c a d a c o n d u t a t i p i f i c a d a n o a r t . 1 2 , c / c o a r t . 1 8 , I , a m b o s d a L e i 6 . 3 6 8 / 7 6 . 2 . R e q u e r

RE 600817 / MS

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 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

RE 600817 / MS

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 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.

RE 600817 / MS

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 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

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

RE 600817 / MS

*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.

Por fim, registro que não se sustenta a alegada nulidade arguida pela defesa. Não existe ordem legal para intimação da defesa e do Ministério Público em relação às decisões judiciais. Ademais, não houve demonstração de prejuízo sofrido pela defesa por ter sido intimada antes do *Parquet* do acórdão recorrido.

Em face de todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso a fim de que o juiz da execução avalie, no caso concreto, qual das mencionadas leis é mais favorável e aplique-a em sua integralidade ao réu.

É como voto.

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

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, no meu entender, claramente, estamos aqui diante de uma norma de apenação que deve ser compreendida como entidade jurídica única, a merecer, portanto, interpretação e aplicação em sua unidade.

Nesse pressuposto, concordo com a tese do Relator que, por sua vez, chancela a recente Súmula do Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 501, publicada no dia 23 de outubro passado, segundo a qual é cabível a aplicação retroativa da Lei nº 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei nº 6.368/76, sendo vedada a combinação de leis. Essa Súmula resume com a tese do Ministro-Relator.

Penso que, para esse efeito, de determinar que o juízo da Vara de Execuções Penais verifique qual é a lei mais favorável, é o caso de dar provimento parcial ao recurso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Pois, não, eu acolho esse entendimento de Vossa Excelência e dou, então, provimento parcial.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Acompanho o Relator nesses termos, Senhor Presidente.

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, o tema reveste-se do maior relevo. Nós o temos enfrentado, reiteradas vezes, na Primeira Turma desta Suprema Corte, e sobre ele tenho compreensão diversa da até aqui externada pelos eminentes Ministro Relator e Teori, e por isso peço vênua para divergir.

A possibilidade de conjugação de normas distintas para aplicação a um mesmo fato não é objeto de reflexão apenas no Direito Penal. Faz-me lembrar de Pontes de Miranda quando diz que o Direito é um grande oceano, de que são gotas seus diferentes ramos.

No Direito do Trabalho, por exemplo, informado, como todos sabem, pelo princípio maior da proteção do trabalhador - de que é derivação o princípio da norma mais favorável-, e em que é dinâmica a hierarquia das fontes formais, justamente por ocupar o chamado vértice da pirâmide a norma mais favorável, contrapõem-se as teorias do conglobamento ou incindibilidade e da acumulação ou atomística. Enquanto a primeira, a do conglobamento, propõe, para cotejo das normas dotadas de disposições favoráveis e prejudiciais, a consideração do conjunto - excluía, assim, a possibilidade de aplicação simultânea das vantagens respectivas -, a segunda, a da acumulação, preconiza se extraiam das diferentes normas as disposições mais favoráveis, somando-se as vantagens nelas consagradas.

Transposta a questão ao Direito Penal - é isso que se discute na espécie, presentes a atual Lei de Tóxicos, a Lei nº 11.343/2006, e a anterior, a Lei nº 6.368/76-, surge a pergunta: qual a unidade de comparação? O que prevalece?

Assim como no âmbito do Direito do Trabalho muito se discute a respeito no Direito Penal e, conforme relacionado pelo eminente Relator, há penalistas eméritos que se posicionam em uma ou outra linha. A

RE 600817 / MS

solução preconizada pelo eminente Relator é a resultante da teoria do conglobamento, a determinar que o cotejo se faça a partir dos diplomas legais ou das normas na sua íntegra, para efeitos de definição da mais favorável, com o que estaria respeitado a princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Entendo, contudo, que a norma penal, em tudo o que beneficia o réu, em todos os aspectos, em todos os pontos que disciplina de modo favorável ao réu, **retroage** na estrita observância do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, com a leitura que lhe empresto, pelo que o deslinde da *quaestio* há de se fazer à luz da teoria da acumulação.

Pedindo vênias aos eminentes Pares que têm compreensão diversa, **conheço e provejo** o recurso na íntegra.

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores Advogados, representantes da Magistratura aqui presentes, como se trata de uma repercussão geral e para não repetir os argumentos que já foram expostos pelo Ministro Ricardo Lewandowski, eu gostaria de trazer alguns acréscimos, apenas para que, se a tese for fixada, ela se faça também à luz da Constituição Federal.

De início, cabe refutar as alegações de violação aos incisos XXXIX e XLVI do art. 5º da Constituição, na medida em que não foram prequestionadas perante a Corte de origem. Além disso, consistiriam em ofensa meramente reflexa à Carta Magna, na esteira da jurisprudência desta Corte.

No que tange ao art. 5º, XL, da Constituição, mais uma vez esta Corte se debruça sobre o desafiador tema da retroatividade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

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.

RE 600817 / MS

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 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

RE 600817 / MS

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 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 aumentara o limite superior, ou, ainda, que rebaixara o limite superior, porém aumentara o inferior. Poderia ocorrer, também, que a lei nova eliminara a pena privativa de liberdade de muito curta duração contemplada na lei precedente, mas a substituísse por uma pena restritiva de liberdade de larga duração ou por uma pena pecuniária de elevada monta. Poderia suceder, ainda, que a lei posterior criara 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

RE 600817 / MS

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

O Código Penal Militar, que serve de norte interpretativo para o aplicador do ordenamento penal como um todo, dispõe, em seu art. 2º, § 1º, que, *verbis*: *“Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato”*.

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

RE 600817 / MS

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. 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, 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

RE 600817 / MS

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 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*. nº 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,

RE 600817 / MS

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:

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.

RE 600817 / MS

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 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 percebido o 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.

RE 600817 / MS

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 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

RE 600817 / MS

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)

Então, eu também concluo, como Vossa Excelência já reajustou, no sentido de dar parcial provimento ao recurso 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 e outra de acordo com a Lei nº 11.343, guardando observância ao princípio da alternatividade para aplicar a pena mais branda ao recorrido.

Acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, no dia 2 de dezembro de 2010, acompanhei no RE nº 596.152, da relatoria do Ministro **Lewandowski**, já referido no voto de Sua Excelência, o voto divergente do Ministro **Cezar Peluso**, que peço vênia para ler:

"O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE): 1. Transcrevo o voto-vista proferido [disse ele] na Egrégia Segunda Turma em 21.10.2008 (...)"

Vejam há quanto tempo esse tema vem sendo colocado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Os temas vêm recorrentemente retornando ao Plenário.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Com tantos temas novos que nós temos liberado para julgamento.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Pois é.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas as Turmas são divergentes. Há muitos acórdãos divergentes. Precisa orientar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Da Segunda Turma, eu posso citar, de 27 de novembro de 2012, julgado por unanimidade, com ordem concedida, da relatoria da Ministra **Cármem Lúcia**, o **Habeas Corpus** nº 111.645.

Pois bem. Mas faça a leitura do voto do Ministro Cezar Peluso. Disse ele, em 2 de dezembro de 2012:

"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

RE 600817 / MS

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" - como parte agora novamente o Ministro Ricardo Lewandowski, de jurisprudência e também citando teorias jurídicas consagradas: "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 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

RE 600817 / MS

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."

Ou seja, o Ministro Peluso começou a demonstrar, a partir de então, que essa incidência não implicaria a criação de um baralhamento de leis ou de uma terceira lei.

Então, disse ele:

"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'."

Após citar a Lei, disse Peluso:

"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.

RE 600817 / MS

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:"

E passou, então, Peluso a citar manifestação do Relator, na Câmara dos Deputados, do referido projeto de lei:

"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'."

Após essa citação, continuou Peluso:

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

'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**

RE 600817 / MS

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 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)."

E disse, então, Peluso, após a citação:

"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."

O que ocorre, disse, então, Peluso, é apenas a retroatividade da lei mais benéfica. Não há um terceiro gênero.

"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,

RE 600817 / MS

submeto à reflexão da Corte estas ponderações [faz o Ministro Peluso outra citação]:

'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 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 como da posterior'.

RE 600817 / MS

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 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

RE 600817 / MS

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 contém'.

Após citar o voto proferido na Turma, concluiu o Ministro, em Plenário, pelo não provimento do recurso de então, que era do Ministério Público Federal.

Sobreveio o empate: cinco a cinco. A Corte estava desfalcada de um Ministro, mas produziu-se ementa. Ficou como relator para o acórdão o Ministro **Ayres Britto**, acórdão de 13/10/2011. A ementa de então foi a seguinte:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FIGURA DO PEQUENO TRAFICANTE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS PENAIAS. APLICAÇÃO AOS CONDENADOS SOB A

RE 600817 / MS

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".

Não existia essa minorante no conjunto da lei anterior; esse ponto é fundamental destacar: ineditismo da minorante. A minorante era autônoma em relação ao todo da lei anterior, e a minorante, sendo autônoma, é lei penal mais nova e mais benéfica e deve então ser aplicada retroativamente.

Continuo a leitura da ementa:

"RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR. COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA".

Ou seja, o acórdão fixou que, na aplicação, não houve a criação de uma **tertia lex**.

"EMPATE NA VOTAÇÃO. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO.

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

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

3. A discussão em torno da possibilidade ou da

RE 600817 / MS

impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (...) 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 ultra-

RE 600817 / MS

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" - e, aqui, bem característico o linguajar do Ministro Ayres Britto - "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."

O recurso extraordinário era do Ministério Público.

A ata de então traz o seguinte:

RE 600817 / MS

"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."

Pois bem, Senhor Presidente, com base nesse precedente, cujo julgamento findou-se, após o voto-vista do Ministro **Ayres Britto**, em 13 de outubro de 2011, várias decisões já foram proferidas nas Turmas deste Tribunal favoravelmente à aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da nova lei, tal qual essa que acabei de citar, da Segunda Turma, o HC nº 111.645, da relatoria da ministra **Cármen Lúcia**, julgado, por unanimidade, em 27 de novembro de 2012.

Estamos agora, dois anos depois, nesta sessão, a alterar a jurisprudência, a fazer uma outra sinalização para o Judiciário, após termos-les dado um comando no sentido da possibilidade da aplicação do § 4º do 33 àqueles condenados, com base na Lei de 1976.

Com essas considerações, peço vênias novamente - como o fiz no dia 2 de dezembro de 2010 - ao eminente Ministro **Ricardo Lewandowski** para acompanhar a divergência que, na sessão de hoje, foi aberta pela Ministra **Rosa Weber**.

É como voto.

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL

TRIBUNAL PLENO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817
VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, peço vênua à divergência, mas mantenho a posição que já tinha exarado no Recurso Extraordinário nº 596.152, acompanhando o Ministro Lewandowski, e reitero, portanto, esse voto, acompanhando desta feita para dar parcial provimento ao recurso.

.....

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Conforme relatado, no presente recurso, discute-se a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ao crime cometido na vigência da Lei n. 6.368/76.

Inicialmente, ressalto que a Constituição Federal estabelece, no art. 5º, XL, que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Por seu turno, o art. 2º do Código Penal dispõe que lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Segundo Francisco de Assis Toledo, reputa-se mais benigna a lei na qual:

“a) a pena cominada for mais branda, por sua natureza, quantidade, critérios de aplicação e dosimetria ou modo de execução;

b) forem criadas novas circunstâncias atenuantes, causas de diminuição de pena ou benefícios relacionados com a extinção, suspensão ou dispensa de execução da pena, ou, ainda, maiores facilidades para o livramento condicional;

c) forem extintas circunstâncias agravantes, causas de aumento de pena ou qualificadora;

d) se estabelecerem novas causas extintivas da punibilidade ou se ampliarem as hipóteses de incidência das já existentes, notadamente quando são reduzidos prazos de decadência, de prescrição, ou se estabelece modo mais favorável de contagem desses prazos;

e) se extinguirem medidas de segurança, penas acessórias ou efeitos da condenação;

RE 600817 / MS

f) forem ampliadas as hipóteses de inimputabilidade, de atipicidade, de exclusão da ilicitude, de exclusão da culpabilidade ou de isenção de pena". (Toledo, Francisco de Assis. *Princípio Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35-36).

De qualquer sorte, a análise da lei mais benigna restará sempre submetida à avaliação do resultado final *in concreto*, até porque um juízo abstrato pode levar, não raras vezes, a percepções equivocadas no que concerne à aplicação da sanção e à sua execução.

Preliminarmente, ressalto que a questão da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 à sanção prevista no art. 12 da Lei 6.368/76 sempre foi bastante controvertida. De fato, observo que — no próprio âmbito deste Supremo Tribunal Federal — formaram-se duas posições bem delineadas.

A primeira no sentido da impossibilidade de aplicar dispositivos mais benéficos da lei anterior (Lei 6.368/76) e, concomitantemente, dispositivos favoráveis da lei posterior (Lei 11.343/2006), dado que — ao combiná-los e aplicá-los ao caso concreto — o juiz estaria a criar uma terceira lei (*lex tertia*), invadindo atribuições inerentes ao exercício do legislador, o que seria de todo inviável. A propósito, colho alguns precedentes: HC 96.844/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 5.2.2010, e RHC 101.278/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 21.5.2010.

Já os adeptos de posicionamento diverso (Ministro Cezar Peluso e Ministro Eros Grau) entendiam que adequar a causa especial de diminuição de pena da lei nova à pena prevista na lei antiga não significa misturar, baralhar ou combinar normas, na medida em que o juiz, ao assim agir, somente movimenta-se dentro de quadros legais para uma integração perfeitamente possível, o da retroatividade da lei mais benéfica. Nesse sentido: HC 95.435/RS, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe 7.11.2008, e HC 101.511/MG, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 21.5.2010.

A despeito de toda essa divergência, cumpre observar que, em

RE 600817 / MS

sessão realizada em 13.10.2011, o Plenário desta Suprema Corte, diante do empate na votação, negou provimento ao RE 596.152/SP, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, no qual se discutia exatamente a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 aos condenados sob a vigência da Lei 6.368/76. Eis a ementa desse julgado:

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

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

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

3. A discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se

RE 600817 / MS

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 ultra-

RE 600817 / MS

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, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 13.2.2012)

O voto do Min. Ayres Britto, Redator p/ o acórdão, consignou que o fato de a Lei 11.343/2006 ter criado a figura do pequeno traficante, a merecer tratamento diferenciado — não contemplada na legislação

RE 600817 / MS

anterior —, não implicaria conflito de normas, tampouco mescla indevida, visto que a minorante seria inédita, sem contraposição a qualquer regra pretérita.

Ficou assentado, portanto, ser possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 aos condenados sob a vigência da Lei 6.368/1976.

Pelo exposto, ante a decisão proferida pelo STF no RE 596.152/SP, meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

07/11/2013**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, imaginei que chegássemos, sem a presença do ministro Luís Roberto Barroso, à maioria de seis votos, mas penso que teremos que aguardar Sua Excelência, que atuará, ao fim, como perito desempatador.

Está em jogo um princípio muito caro em se tratando de sistema jurídico, o unitário, sob pena de, mediante mesclagem de diplomas diversos, chegar-se a uma outra disciplina da matéria, como se pudéssemos, mediante esse artifício, atuar como legisladores positivos.

Não há a menor dúvida de que o legislador, com a Lei nº 11.343/2006, suplantando a anterior Lei de Tóxicos, de nº 6.368/76, objetivou atender aos anseios sociais de combate a esse crime de gravidade ímpar, que é o de tráfico de drogas. Ao contrário, por exemplo, do que ocorreu na alteração do crime de quadrilha, agravou a glosa do procedimento apanhado no campo penal e previu, quanto ao balisamento em termos de pena relativo ao tráfico, piso superior ao retratado na Lei nº 6.368/76, que era de três anos. Passou-se a ter cinco anos. O teto permaneceu o mesmo: quinze anos.

E, então, para agasalhar certas situações e temperar a majoração da pena, versou a causa de diminuição quanto a certos acusados, certos culpados pelo crime de tráfico.

Estamos a julgar, com a roupagem de recurso extraordinário, a ação penal, e o pedido formulado pela Defensoria Pública é único. Não pretende a Defensoria Pública a incidência linear da Lei nº 11.343/2006. Pretende, sim, que se tenha a aplicação da lei pretérita – Lei nº 6.6368/76 –, em termos de pena-base, e que se adote, olvidando a razão do surgimento da causa de diminuição, que foi a elevação – como disse – do piso, a causa de diminuição. Se se partir para o agasalho desse enfoque, Presidente, estar-se-á na contramão do que visado pela nova Lei nº 11.343/2006, como que criando nova disciplina normativa, fazendo surgir, no cenário nacional, novo diploma.

RE 600817 / MS

Presidente, jamais tive essa matéria como pacificada no sentido de aplicar-se a Lei nº 11.343/2006, pinçando-se tão somente a causa de diminuição na pena. Desde o primeiro dia na Turma, votei – porque aprendi isso na minha passagem pela Justiça do Trabalho – a partir do critério unitário. Sim, a lei penal retroage para beneficiar o acusado, o réu, mas em termos de sistema, sem viabilizar ao intérprete a mesclagem, como disse, e, portanto, o surgimento de nova disciplina.

Peço vênia àqueles que discordaram do relator para adotar a visão inicial de Sua Excelência: pretendeu-se – e o pedido mostra-se único – a mesclagem, não pretendeu a Defensoria Pública no recurso extraordinário que se relegue ao Juízo da execução o julgamento da ação penal e a definição do tema. Seria muito fácil definir, na apreciação do recurso, se fosse o caso, o diploma mais favorável ao acusado.

Por isso, fico no desprovimento do extraordinário, ressaltando mais uma vez que, ante o grande número de processos que aguardam julgamento na fila, preciso pensar em conciliar celeridade e conteúdo.

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não obstante todas as razões ponderáveis e substanciosas expostas pelo eminente Relator, peço respeitosa vênia para, **acompanhando** o dissenso iniciado pela eminente Ministra ROSA WEBER, **conhecer e dar provimento** ao presente recurso extraordinário, **em ordem a assegurar** a aplicabilidade, *à ora recorrente*, **da causa especial de diminuição de pena** fundada no § 4º do art. 33 **da nova** Lei de Drogas, **desde** que atendidos os diversos requisitos que autorizam e legitimam a sua aplicação.

É o meu voto.

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, peço a palavra apenas por dois minutos para retificar a fala inicial.

Não sei que cálculos conduziram-me a assentar que teríamos novo empate. A menos que Vossa Excelência involua, com um voto do ministro Teori Zavascki alcançamos...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Involua ou evolua? Evolua?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sob a minha óptica, seria uma involução. Sob a óptica, por exemplo, do Decano, que bateria palmas, evolução.

07/11/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Eu vou manter-me fiel aos votos que já proferi sobre a matéria nesta Corte.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.817

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECTE.(S) : NANCY ROMAN CAMPOS

DP : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que davam provimento integral ao recurso, e parcialmente o Ministro Marco Aurélio, que lhe negava provimento. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso. Plenário, 07.11.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário