

Recurso Extraordinário 596.152 São Paulo**VOTO – VISTA****O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator)**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. Avanço para pontuar que o ministro Ricardo Lewandowski (relator) votou pelo provimento do recurso (Sessão de 02/12/2010). No que foi acompanhado pela ministra Cármen Lúcia e pelo ministro Joaquim Barbosa. Divergiram do Relator os ministros Cezar Peluso e Dias Toffoli.

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

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

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

“[...]”

Há quem defenda que a aplicação de tal medida isoladamente equivaleria à vedada prática de combinar leis,

outorgando ao magistrado competência reservada ao legislador, com infração aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.

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

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

'(...) cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova como os da lei antiga, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira, dissonante no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada de duas leis'.

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

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

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

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

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

'(...) o julgador em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando ex nihilo a regulamentação eclética que deve imperar hic et nunc . A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o 'todo', para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepassar a pruridos de lógica formal. (...) A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica, se, para evitar-se a transação e o ecletismo da lei posterior não for aplicada pelo Juiz; e este tem por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama os direitos do homem'.

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

[...]”

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

“[...]

55. Ora, ninguém discute a possibilidade da ultra-atividade e da retroatividade da lei penal mais favorável ao acusado; postulado, esse, inculcado 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 as vezes de legislador...

[...]

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

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

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

[...]”

13. Nada obstante, prossegui meditando sobre o tema em discussão e, hoje, passado algum tempo, alcanço uma compreensão mais elaborada da matéria. A começar pela consideração de que não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal; sabido que o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua compostura anímica e biopsíquica de microcosmo ou de um universo à parte. Por isso é que todo instituto de direito penal – crime, pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, por exemplo – há de ostentar o timbre da personalização, quando de sua concreta aplicabilidade. Quero dizer: tudo tem que ser rigorosamente personalizado na empírica aplicação do direito penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim individualizadamente concretizada. Atenta, ela, Constituição, ao modo personalíssimo de o ser humano interagir com as circunstâncias da infração penal que lhe é imputada.

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

“[...]

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

[...]

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

ampliadores das competências governamentais para além dos estritos limites da necessidade do exercício delas.

[...]"

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

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

16. Deste ponto se infere que a prefalada discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) **é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma**; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos. E a se tomar como válido o juízo técnico de vedação da mescla, então a pergunta que nos cabe fazer é simplesmente esta: quando

se tem uma indevida combinação de modelos prescritivos em matéria penal? Resposta: **o que a nossa Constituição rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito.** Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo. Isso equivaleria a criar uma normação extralegislativa, puramente imaginária, como se fosse possível colocar um dos pés da interpretação na canoa mais nova e o outro pé na canoa mais velha para alcançar um mesmo destino. Proibição, portanto, decorrente do pétreo esquema constitucional da separação dos Poderes (inciso I do § 4º do art. 60 da CF/88), já antecipadamente formatado pelo art. 2º da mesma Lei Republicana, pois ao Poder Judiciário descabe legislar.

17. O que proclama a Constituição, portanto, **é a retroatividade** dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal temporalmente mais nova, se revele ainda mais 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. Equivale a dizer: na hipótese de maior severidade ou endurecimento da norma penal mais nova, ela revoga, sim, a norma penal mais antiga; que, no entanto, **mantém íntegros os efeitos que já deflagrou ou ainda esteja a deflagrar na esfera subjetiva de quem protagonizou os fatos por ela descritos como crimes.** É o fenômeno da ultra-atividade eficaz da norma que, embora revogada, conserva os seus efeitos penais comparativamente mais benéficos quanto a determinados sujeitos de direitos. Morre a norma antiga, mas sobrevivem os seus efeitos comparativamente mais favorecedores de determinada(s) pessoa(s).

18. Em suma, o tema em debate ganha em clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada

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

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

“[...]”

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

[...]”

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

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

“§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

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

Lei anterior (6.368/1976)

“Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que

determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

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

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

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

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

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

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.”

Lei nova (11.343/2006)

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de

plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

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

[...]

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

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

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

qualquer ofensa ao princípio da separação dos Poderes, pois não houve, por nenhuma, forma usurpação de competência legislativa pelo Poder Judiciário.

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

“[...]

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]”

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

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

27. É como voto.

* * * * *