O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de habeas corpus, com pedido de medida liminar, impetrado por Adriano Roberto Costa, em favor de Mauricio Zugolaro, contra decisão proferida pelo Ministro Felix Fischer, relator do HC 166.704/SP, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar. Na espécie, o paciente foi condenado pelo Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto/SP pela prática do delito descrito no art. 12, caput, da Lei 6.368/1976, à pena de 3 anos de reclusão, em regime integral fechado, e a 50 dias-multa (Ação Penal n. 576.01.2003.052943-3). Naquela oportunidade, o Juízo de origem substituiu a pena privativa de liberdade por multa e pena restritiva de direitos, esta consistente na prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, tendo, ainda, permitido ao condenado recorrer em liberdade. Contra essa decisão, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs apelação, buscando, tão somente, a exclusão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, deu provimento ao apelo ministerial para alterar a sentença, ficando excluída a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos e, de ofício, alterado o regime prisional, do integral fechado para o inicial fechado. Referido acórdão transitou em julgado. E, objetivando desconstituir Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 esse decisum, a defesa ajuizou revisão criminal, que restou não conhecida pela Corte estadual. Irresignada, impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, cuja liminar foi indeferida em 20.4.2010. No presente writ, a defesa sustenta a presença dos requisitos do art. 44 do CP para a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito. E, também, pleiteia a diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, afastada pelo TJ/SP em sede de apelação. Afirma, ainda: o paciente está preso por “um cigarro de maconha” com 1,300g. A então relatora, Ministra Ellen Gracie, indeferiu a liminar. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo deferimento da ordem, para conceder ao paciente o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e, de ofício, reduzir a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão. É o relatório.  
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – (Relator): Consigno, preliminarmente, que a defesa impugna decisão proferida pelo Ministro Felix Fischer, relator do HC 166.704/SP, que indeferiu o pedido de medida liminar. Em princípio, a jurisprudência desta Corte é no sentido da inadmissibilidade da impetração de habeas corpus, nas causas de competência originária, contra decisão denegatória de liminar em ação de idêntica natureza articulada em tribunal superior, antes do julgamento definitivo do writ (cf. HC-QO n. 76.347/MS, Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, DJ 8.5.1998; HC n. 79.238/RS, Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, DJ 6.8.1999; HC n. 79.776/RS, Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, DJ 3.3.2000; HC n. 79.775/AP, Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, maioria, DJ 17.3.2000; HC n. 79.748/RJ, Min. Celso de Mello, 2ª Turma, maioria, DJ 23.6.2000; HC n. 101.275/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1a Turma, maioria, DJe 5.3.2010; e HC n. 103.195, Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, unânime, DJe 23.4.2010). Esse entendimento está representado na Súmula 691. Eis o teor: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. É bem verdade que o rigor na aplicação daquela súmula tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais, em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (cf. as decisões colegiadas: HC n. 84.014/MG, Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJ 25.6.2004; HC n. 85.185/SP, Min. Cezar Peluso, Pleno, por maioria, DJ 1º.9.2006; e HC n. Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 90.387, da minha relatoria, 2ª Turma, unânime, DJ 28.9.2007). Na hipótese dos autos, entendo caracterizada situação ensejadora do afastamento da incidência da Súmula 691. Na espécie, o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime integral fechado, e a 50 dias-multa, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por multa e pena restritiva de direito, esta consistente na prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação. Interposta apelação pelo MP, a Corte estadual deu provimento ao recurso, para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, por considerar a incompatibilidade de tal instituto, quando o acusado é condenado por tráfico de entorpecentes, considerado crime hediondo. Naquela oportunidade, o TJ/SP alterou, de ofício, o regime prisional, do integral fechado para o inicial fechado. Impetrado habeas no STJ, a medida liminar restou indeferida em 20.4.2010. Posteriormente, em 2.8.2011, a Quinta Turma desse Tribunal Superior, não conheceu do pedido, nos seguintes termos: “Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal em recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico”. O Ministério Público Federal opinou pelo deferimento da ordem, para conceder ao paciente o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Quanto aos pedidos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de fixação do regime inicial aberto para o cumprimento de pena, esses temas não foram discutidos no STJ, o que obstaria a análise por esta Suprema Corte, sob pena de supressão de instância. Ocorre que o caso merece a concessão de ofício. Na espécie, o Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto/SP determinou que o paciente cumprisse a pena no Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 regime integral fechado e entendeu cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito: “Em decorrência de expressa determinação legal (artigo 2º, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.072/90), ainda vigente, cumprirá a pena em regime integral fechado, cumprindo destacar que não existe qualquer inconstitucionalidade em tal regime, consoante iterativa jurisprudência, que perdurou por dezesseis anos, inclusive no Plenário do Supremo Tribunal Federal. (…) Quanto à recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da aplicação do regime integral fechado, tal decisão ocorreu em caso concreto, não tem força ‘erga omnes’ e o entendimento deste juízo, consoante jurisprudência majoritária até então, conforme já exposto, é no sentido da possibilidade de sua imposição. Ademais, em tendo sido a decisão prolatada em controle difuso de inconstitucionalidade e não sendo editada súmula sobre ela (incabível, aliás, em razão da apertada maioria de votos), bem como tendo em vista que não há notícia de que houve a suspensão da eficácia da Lei n. 8.072/90 por resolução do Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, ainda é possível a esta magistrada a imposição, justificada, como acima foi feito, do regime integral fechado. Todavia, considerando as circunstâncias do delito, em que foi alienada uma única porção de maconha, pesando apenas um grama e trezentos miligramas, que não seria suficiente, por si só, para tornar alguém viciado ou disseminar o uso de entorpecentes para várias pessoas e considerando que não se tem notícias de que o réu fosse traficante habitual ou que ele tivesse anteriormente alienado ou cedido gratuitamente drogas para qualquer pessoa e tendo em vista que restou demonstrado que ele era viciado na época dos fatos e, ainda, considerando a sua primariedade, bons antecedentes e conduta social, de acordo com os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa, excepcionalmente, Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 entendo cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, aplicando-se o regime integral fechado apenas em caso de descumprimento desta”. Verifico que foram reconhecidas, na sentença, a primariedade do paciente e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. O STF já teve a oportunidade, por ocasião da análise do julgamento do HC n. 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, Dje 1º.9.2006, de declarar, incidenter tantum , a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, a qual determinava que os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Naquele caso, ficou assentado que essa imposição contraria o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI). Pois bem. Sobreveio a Lei n. 11.464/2007 que, ao promover mudanças no já mencionado art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, determinou que a pena agora fosse cumprida no regime inicial fechado. É aqui que faço uma indagação: Esse dispositivo, em sua nova redação, não continuaria a violar o princípio constitucional da individualização da pena? Essa discussão, inclusive, já vem sendo alvo de debates nas instâncias inferiores e nesta Suprema Corte. No ponto, destaco, ainda, à guisa de ilustração, julgado recente proferido pelo próprio STJ que, ao analisar o HC n. 149.807/SP lá impetrado, concluiu pela inconstitucionalidade desse dispositivo, ao fundamento de que, a despeito das modificações preconizadas pela Lei 11.464/2007, persistiria ainda a ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena e, também, da proporcionalidade. No caso concreto, com fundamento nessas considerações, entendo que o disposto na Lei dos Crimes Hediondos (obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado) há de ser superado. É que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 33, § 2º, c, do CP, para o início do cumprimento de pena no regime aberto. No que concerne ao pedido de substituição da pena privativa de Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 liberdade por restritiva de direitos, ressalto que, em sessão realizada em 1º.9.2010, o Plenário desta Suprema Corte, ao analisar o HC n. 97.256/RS, de relatoria do Min. Ayres Britto, por maioria, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e da expressão vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal. Por oportuno, confira-se a ementa desse julgado: “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendose em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 situação do paciente”. (HC 97256, Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJ 16.12.2010). Nesses termos, ante a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e da expressão vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal, deve ser reconhecida, mediante avaliação do caso concreto, a possibilidade da concessão do benefício da substituição da pena, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal. Por fim, passo à análise da possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição da reprimenda prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 à pena estabelecida no art. 12 da Lei 6.368/76, sugerida pela PGR em sua manifestação. Preliminarmente, ressalto que a questão 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 se 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: “HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA PENAL. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. LEGITIMIDADE PARA ELEVAÇÃO DA PENA BASE. APLICAÇÃO PARCIAL DE LEI POSTERIOR, NA PARTE EM QUE BENEFICIA O RÉU. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. É legítimo o aumento da pena base com fundamento na elevada quantidade de entorpecente encontrada em poder da paciente. 2. Não é permitida, nem mesmo para beneficiar o réu, a combinação de dispositivos de leis diversas, criando uma terceira norma não Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 estabelecida pelo legislador, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da anterioridade da lei penal (art. 1º do Código Penal) e da separação de poderes. 3. Ordem denegada”. – (HC n. 96.844/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 5.2.2010). “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA 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. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGA E APREENSÃO DE OBJETOS RELACIONADOS AO TRÁFICO: POSSIBILIDADE. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 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. Não há ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso considerando-se o acentuado grau de reprovabilidade da conduta, não havendo, portanto, como se reconhecer o constrangimento, notadamente quando existem nos autos elementos concretos, e não meras conjecturas, que apontam a quantidade de droga e a apreensão de ‘inúmeros objetos utilizados para o tráfico’ como circunstâncias suficientes para elevação da pena-base com fundamento na culpabilidade. Precedentes. 3. Recurso ao qual se nega provimento”. – (RHC n. 101.278/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 21.5.2010). Entendimento diverso, a tese sufragada nesta própria Segunda Turma. Os adeptos dessa corrente (Ministro Cezar Peluso e Ministro Eros Grau) entendem 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 agir assim, somente Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 movimenta-se dentro de quadros legais para uma integração perfeitamente possível, o da retroatividade da lei mais benéfica. Nesse sentido confira-se: “AÇÃO PENAL. Condenação. Pena. Privativa de liberdade. Prisão. Causa de diminuição prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Cálculo sobre a pena cominada no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76, e já definida em concreto. Admissibilidade. Criação jurisdicional de terceira norma. Não ocorrência. Nova valoração da conduta do chamado "pequeno traficante". Retroatividade da lei mais benéfica. HC concedido. Voto vencido da Min. Ellen Gracie, Relatora original. Inteligência do art. 5º, XL, da CF. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, mais benigna, pode ser aplicada sobre a pena fixada com base no disposto no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76”. – (HC n. 95.435/RS, Red. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe 7.11.2008). “HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO FEITA PELO TJ/MG. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. LEI PENAL MAIS FAVORÁVEL. APLICAÇÃO RETROATIVA. 1. Tendo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais convertido a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, falta ao paciente interesse de agir. 2. A Constituição do Brasil determina, em seu art. 5º, inciso XL, que “[a] lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. O Código Penal prevê, no art. 2º, parágrafo único, que “[a] lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. 3. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, consubstanciando novatio in mellius, deve ser aplicado em relação a crime de tráfico de entorpecentes descrito em lei anterior. A nova lei Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 pune menos severamente o pequeno traficante, à luz de critérios de proporcionalidade e razoabilidade, ao mesmo tempo em que reserva ao grande traficante punição mais rigorosa do que a prevista na lei anterior. Precedentes. Ordem concedida a fim de determinar ao Juiz de Direito da Comarca de Poços de Caldas/MG que proceda à redução da pena do paciente na proporção devida, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem assim para fixar o regime de cumprimento compatível com a quantidade de pena apurada após a redução”. – (HC n. 101.511/MG, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 21.5.2010). A despeito de toda essa divergência, cumpre observar que, recentemente, em 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 à reprimenda estabelecida no art. 12 da Lei 6.368/76. O voto do Min. Ayres Britto, redator para 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 anterior — não implicaria conflito de normas, tampouco mescla, visto que a minorante seria inédita, sem contraposição a qualquer regra pretérita. Em virtude da importância do julgado, transcrevo excerto da notícia veiculada no Informativo 644 (Brasília, 10 a 14 de outubro de 2011): “Tráfico de drogas e combinação de leis - 5 Em conclusão de julgamento, o Plenário, ante empate na votação, desproveu recurso extraordinário em que se discutia a aplicabilidade, ou não, da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 sobre condenações fixadas com base no art. 12, caput, da Lei 6.368/76, diploma normativo este vigente à época da prática do delito — v. Informativos 611 e 628. Além disso, assentou-se a manutenção da ordem de habeas Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 corpus, concedida no STJ em favor do ora recorrido, que originara o recurso. Na espécie, o recorrente, Ministério Público Federal, alegava afronta ao art. 5º, XL, da CF (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), ao argumento de que a combinação de regras mais benignas de 2 sistemas legislativos diversos formaria uma terceira lei. Aduziu-se que a expressão “lei” contida no princípio insculpido no mencionado inciso referir-se-ia à norma penal, considerada como dispositivo isolado inserido em determinado diploma de lei. No ponto, destacou-se que a discussão estaria na combinação de normas penais que se friccionassem no tempo. Afirmou-se, ademais, que a Constituição vedaria a mistura de normas penais que, ao dispor sobre o mesmo instituto legal, contrapusessem-se temporalmente. Nesse sentido, reputou-se que o fato de a Lei 11.343/2006 ter criado a figura do pequeno traficante, a merecer tratamento diferenciado — não contemplada na legislação anterior — não implicaria conflito de normas, tampouco mescla, visto que a minorante seria inédita, sem contraposição a qualquer regra pretérita. Por se tratar de pedido de writ na origem e em vista de todos os atuais Ministros do STF terem votado, resolveu-se aplicar ao caso concreto o presente resultado por ser mais favorável ao paciente com fundamento no art. 146, parágrafo único, do RISTF (“Parágrafo único. No julgamento de habeas corpus e de recursos de habeas corpus proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente”). Nesse tocante, advertiu-se que, apesar de a repercussão geral ter sido reconhecida, em decorrência da peculiaridade da situação, a temática constitucional em apreço não fora consolidada”. RE 596152/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 13.10.2011. “Tráfico de drogas e combinação de leis - 6 O Min. Cezar Peluso, Presidente, frisou o teor do voto proferido pela 2ª Turma no julgamento do HC 95435/RS (DJe de 7.11.2008), no sentido de entender que aplicar a causa de diminuição não significaria baralhar e confundir normas, uma Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 vez que o juiz, ao assim proceder, não criaria lei nova, apenas se movimentaria dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Além disso, consignou que se deveria cumprir a finalidade e a ratio do princípio, para que fosse dada correta resposta ao tema, não havendo como se repudiar a aplicação da causa de diminuição também a situações anteriores. Realçou, ainda, que a vedação de convergência de dispositivos de leis diversas seria apenas produto de interpretação da doutrina e da jurisprudência, sem apoio direto em texto constitucional. O Min. Celso de Mello, a seu turno, enfatizou que o citado pronunciamento fora ratificado em momento subseqüente, no julgamento de outro habeas corpus. Acresceu que não se cuidaria, na espécie, da denominada “criação indireta da lei”. Ato contínuo, assinalou que, mesmo se fosse criação indireta, seria preciso observar que esse tema haveria de ser necessariamente examinado à luz do princípio constitucional da aplicabilidade da lei penal mais benéfica”. RE 596152/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 13.10.2011. “Tráfico de drogas e combinação de leis - 7 De outro lado, o Min. Ricardo Lewandowski, relator, dava provimento ao recurso do parquet para determinar que o juízo da Vara de Execuções Penais aplicasse, em sua integralidade, a legislação mais benéfica ao recorrido, no que fora acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio. Ressaltava a divisão da doutrina acerca do tema. Entendia não ser possível a conjugação de partes mais benéficas de diferentes normas para se criar uma terceira lei, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Afirmava que a Constituição permitiria a retroatividade da lei penal para favorecer o réu, mas não mencionaria sua aplicação em partes. Registrava que a Lei 6.368/76 estabelecia para o delito de tráfico de drogas uma pena em abstrato de 3 a15 anos de reclusão e fora revogada pela Lei 11.343/2006, que cominara, para o mesmo crime, pena de 5 a 15 Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 anos de reclusão. Evidenciava, dessa maneira, que a novel lei teria imposto reprimenda mais severa para aquele tipo penal e que o legislador se preocupara em diferenciar o traficante organizado do pequeno traficante. Acrescentava haver 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 disposta em seu § 4º. Explicitava que, ao ser permitida a combinação das leis referidas para se extrair um terceiro gênero, os magistrados atuariam como legisladores positivos. Por fim, ponderava que se poderia chegar à situação em que o delito de tráfico fosse punido com pena semelhante às das infrações de menor potencial ofensivo. Concluía que, na dúvida quanto à legislação mais benéfica em determinada situação, dever-se-ia examinar o caso concreto e verificar a lei que, aplicada em sua totalidade, fosse mais favorável”. RE 596152/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 13.10.2011. “Tráfico de drogas e combinação de leis - 8 O Min. Luiz Fux apontava afronta ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput), pois a lex tertia, aplicada pelo STJ, conceberia paradoxo decorrente da retroação da lei para conferir aos fatos passados situação jurídica mais favorável do que àqueles praticados durante a sua vigência. Dessumia que a aplicação da retroatividade da lei “em tiras” consistiria em velada deturpação da nova percepção que o legislador, responsável por expressar os anseios sociais, manifestara sobre a mesma conduta. Indicava, ademais, violação a outros fundamentos da Constituição: o princípio da legalidade e a democracia. Criar-se-ia, com a tese por ele refutada, regra não prevista na lei antiga nem na lei nova, que não experimentaria do batismo democrático atribuído à lei formal. Destacava que a questão reclamaria, portanto, o que se denominara como “sistema da apreciação in concreto” em conjunto com o princípio da alternatividade, para resolver pela aplicação da lei antiga ou da lei nova, uma ou outra, integralmente. O Min. Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 106.153 Marco Aurélio, por sua vez, aduzia que, com a Lei 11.343/2006, houvera, também, a exacerbação das penas relativas à multa. Assegurava que, naquele contexto, cuidara-se, para situações peculiares, de uma causa de diminuição da reprimenda, ao inseri-la no artigo. No aspecto, salientava que o parágrafo seria interpretado segundo o artigo. A razão de ser do preceito seria mitigar a elevação do piso em termos de pena restritiva da liberdade de 3 para 5 anos. Por esse motivo, entendia haver mesclagem de sistemas, ao se manter a pena da Lei 6.368/76 adotando-se, contudo, a causa de diminuição que estaria jungida à cabeça do art. 33 da outra norma. Asseverava que, ao se proceder dessa maneira, colocar-se-ia em segundo plano o princípio unitário e criar-se-ia novo diploma para reger a matéria”. RE 596152/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 13.10.2011. No caso, consta da sentença do Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto/SP que se trata de réu primário, portador de bons antecedentes, não tendo restado comprovado, do conjunto probatório, que se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, o que autoriza a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 à pena cominada no art. 12 da Lei 6.368/76, para fixar a pena do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 48 dias-multa. Ante o exposto, meu voto é no sentido de restabelecer a sentença proferida pelo Juízo de origem, na parte em que substituiu a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, e ainda para que que seja fixado regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda e, de ofício, reduzo a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 50 diasmulta. É como voto.