

O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA, EM FACE DO ART. 33, § 4º DA NOVA LEI DE TÓXICOS

Aiala Dias Nunes

Graduada em Direito pela UCSal, Pós-Graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIFACS, Analista Judiciária TJ/BA.

Resumo: Trabalho que tem como tema o alcance do Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, em face do art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos. No desenvolvimento da pesquisa, foram apresentados os princípios que nortearam a investigação científica e fundamentaram as suas conclusões, tendo como objetivo principal, a apresentação do novo panorama do objeto-problema no ordenamento jurídico pátrio, com o advento da Lei nº. 11.343/2006, abordando seus reflexos penais, através de uma linha argumentativa de cunho nitidamente constitucional. Quanto ao método de pesquisa, optou-se por uma abordagem dialética, de natureza crítica, demonstrando-se os vícios de interpretação e aplicação que rodeiam o objeto da pesquisa e propondo uma reflexão a respeito da sua correta teorização, utilizando-se como instrumento investigativo, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Direito Penal. Processo Penal. Tráfico de drogas. Princípios constitucionais. Retroatividade. Combinação de leis. Pena (Direito).

Sumário: 1. Introdução. – 2. O Garantismo de Luigi Ferrajoli. – 3. Conceito de princípio. 3.1. Princípio da individualização da pena. 3.2. Princípio da legalidade. 3.3. Princípio da irretroatividade da “lex gravior” em matéria penal. 3.4. Princípio do “favor rei”. – 4. Conteúdo e natureza do art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006. – 5. Aspectos penais do dispositivo, à luz do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. – 6. Conclusões. – Referências.

1. Introdução

A nova disciplina legal antitóxicos, introduzida pela Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006, ao estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, aumentou a pena mínima cominada ao crime de tráfico, introduzindo, porém, causa especial de diminuição de pena, ao agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa.

Esse novo panorama legislativo, que envolve o conflito de leis no tempo, trouxe grande discussão entre os juristas, exatamente no que se refere à retroatividade desta causa de diminuição de pena, aos crimes de tráfico, praticados antes da Lei nº. 11.343/06, até então disciplinados pela Lei nº. 6.368/76, que cominava pena mínima mais favorável (três anos de

ENTRE ASPAS

reclusão), sem prever, no entanto, regra similar de diminuição de pena.

Com o advento da nova lei de drogas, questionou-se a licitude da incidência isolada da causa de diminuição de pena nela prevista, aos crimes cometidos sob a égide da lei anterior, que previa, como se disse, pena mínima mais benéfica e, portanto, aplicável aos crimes de tráfico praticados antes de 23 de agosto de 2006.

Algumas vozes se levantaram (e ainda se levantam) contra a aplicação cumulativa desses dois diplomas legais. De um lado, a incidência da pena mínima de três anos, prevista na Lei nº. 6.368/76, do outro, a consideração da causa de diminuição de pena, prevista na Lei nº. 11.343/06, sob o argumento de que, em assim agindo o magistrado, terminaria por criar lei nova, atribuição afeta ao Poder Legislativo e não à atividade judicante.

O presente artigo propõe uma reflexão sobre o alcance do princípio da retroatividade da lei penal com a nova lei antitóxicos, destacando as discussões doutrinárias e posições jurisprudenciais sobre o tema, que ainda refletem vícios de interpretação e aplicação.

2. O Garantismo de Luigi Ferrajoli

O Estado de Direito, que emergiu no final do século XVIII, condicionou a atuação do Poder Político às imposições do direito objetivo, materializado pela lei e, sobretudo, pela Constituição, que tem como uma de suas funções, o estabelecimento de direitos fundamentais.

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais, é dizer:

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. (SILVA, 2005, p. 38).

Não haveria sentido, no entanto, a existência de direitos fundamentais, sem que houvesse a previsão de meios aptos a assegurá-los. Esses meios são as garantias. Distinguindo direitos de garantias, claras são as palavras do saudoso Ruy Barbosa (1978 *apud* SILVA, *op. cit.*, p. 186):

Há que se separar no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

A idéia de garantismo, na seara penal, deu origem a uma Teoria do Garantismo Penal, desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli na década de 60 do século passado, em defesa da submissão das normas infraconstitucionais à força normativa da Constituição Italiana.

Ferrajoli compreende o Direito Penal como um sistema de garantias do cidadão frente aos ditames do Estado, além de defender um direito penal mínimo, entendendo como tal, aquele que se restringe às hipóteses de absoluta necessidade e em conformidade com os princípios da estrita legalidade, lesividade e proporcionalidade, dentre outros (QUEIROZ, 2001a, p. 59).

O Direito Penal moderno reflete uma heterogeneidade valorativa consolidada nas Constituições e que nela se harmoniza, formando um todo unitário.

Os princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2002, p.30).

Dentro da idéia de garantismo, pode-se distinguir os princípios da mera legalidade e da legalidade estrita, com base na estrutura das inúmeras normas que integram o ordenamento jurídico dos Estados de Direito modernos, o que implica em uma distinção entre vigência e validade da norma. A vigência, associada à idéia de mera legalidade, a validade, à idéia de legalidade estrita.

A primeira implica na aceitação de que é suficiente que uma norma atenda apenas às formas e procedimentos voltados para sua criação; a segunda, na exigência de que não apenas as formas e procedimentos devem ser observados na elaboração da norma, mas também o seu conteúdo, que deve estar em consonância com as proibições e imposições assegurados na Constituição. Os dois princípios podem ser sistematizados na máxima *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*.

Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado “de direito” do direito penal dos estados simplesmente “legais”, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei. E é essa diferença que hoje marca o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico, entre direito penal mínimo e direito penal máximo (FERRAJOLI, 2002, p. 306).

Como corolários do princípio da legalidade, tem-se os princípios da irretroatividade das leis penais *in pejus* (*nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*) e da proibição da analogia *in malam partem*. Tais princípios, de nítido caráter garantista, sujeitam o poder público à sua obediência de tal forma, que a sua violação, impede a própria configuração legal dos elementos essenciais do delito.

A idéia de “validade” do direito positivo representa, sem dúvida, uma das maiores conquistas do pensamento jurídico moderno. Nos Estados constitucionais de Direito, a validade de suas normas encontra-se estritamente vinculada à sua conformidade formal e material com as normas da Constituição. Diz-se “vigente” uma norma, quando possui regularidade formal, quando passa a existir juridicamente; “válida”, quando é substancialmente legitimada por normas a ela superiores; e “eficaz”, quando efetivamente aplicada.

ENTRE ASPAS

Validade e vigência coincidem nos Estados absolutistas que têm como única norma acerca da produção normativa o princípio de mera legalidade *quod principi placuit legis habet vigorem*; pelo contrário não coincidem nos modernos Estados de direito, que estão dotados de normas acerca da produção normativa que vinculam a validade das leis ao respeito das condições também substanciais ou de conteúdo, destacando-se dentre elas os direitos fundamentais. Diria inclusive que o Estado de direito caracteriza-se precisamente por esta possível divergência, que é conseqüência da complexidade estrutural das suas normas acerca da produção normativa. Nele, por conseguinte, uma norma existe, está vigente ou pertence ao direito positivo não só se é válida e ineficaz, quer dizer, não aplicada, senão também se é inválida e eficaz pelo menos até que se declare sua invalidade (FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 291).

Desse modo, não há se falar em validade da norma, sem que esteja amparada e legitimada por princípios a ela superiores. É a Constituição, com seus valores positivados e não positivados (mas que dela decorrem) que deve inspirar e fundamentar toda a ordem infraconstitucional, limitando a atividade legislativa e o poder de punir do Estado.

Se todo direito nasce e morre na Constituição, segue-se que os princípios e valores constitucionais fundamentais devem ser, em conseqüência, o ponto de partida e o ponto de chegada de toda e qualquer interpretação, independentemente da natureza (civil, penal) das normas em questão, mesmo porque, em razão da unidade lógica do direito, não se pode falar de uma *hermenêutica civil, penal ou processual*, mas de hermenêutica jurídica simplesmente. [...] Conseqüentemente, como guardião da legalidade constitucional, a missão primeira do juiz, em particular do juiz criminal, antes de julgar os fatos, é julgar a própria lei a ser aplicada, é julgar, enfim, a sua compatibilidade – formal e substancial – com a Constituição, para, se a entender lesiva à Constituição, interpretá-la conforme a Constituição ou, não sendo isso possível, deixar de aplicá-la, simplesmente, declarando-lhe inconstitucional (QUEIROZ, 2001a, p. 38-39).

O Estado constitucional de Direito erigiu o homem à condição de cidadão, tornando-o titular de direitos condicionadores da atuação do poder estatal, uma vez que “o status constitucional desses direitos é de norma material de natureza magna, ao lado da organização do Estado soberano” (MOURA, 2005, p. 142). Em outras palavras, tais direitos são tão soberanos quanto o próprio Estado, não podendo este, sobrepô-los, sob pena de grave vício da inconstitucionalidade.

3. Conceito de Princípio

Modernamente, pode-se com toda a certeza afirmar, que o Direito Penal não mais constitui um fim em si mesmo, possuindo claro caráter instrumental e subsidiário. E o que condiciona o exercício do direito de punir do Estado, resguardando o cidadão de práticas arbitrárias, são as garantias ou princípios.

A maior parte dessas garantias estão explicitadas na Constituição, como é o caso dos princípios da legalidade e da irretroatividade. Outras, embora não estejam previstas expressamente no texto, decorrem do próprio sistema jurídico e de valores consagrados pela Constituição.

Em qualquer ramo científico, a idéia de princípio indica o alicerce de um sistema de normas, que dele se originam ou a ele se vinculam. No campo do Direito, o entendimento contemporâneo, é no sentido de conferir aos princípios jurídicos o *status* de norma jurídica, atribuindo-os positividade e vinculatividade.

Os princípios jurídicos, enquanto princípios constitucionais, desbancaram a antiga concepção positivista, onde funcionavam como elementos subsidiários. Do ponto de vista epistemológico, fala-se modernamente em “pós-positivismo”, que confere aos princípios a função de fundamentação axiológica e normativa do ordenamento jurídico, vinculando todo o Direito. Nessa fase atual, também se tornou superada a clássica distinção entre princípio e norma, sendo esta, agora, gênero, do qual os princípios e as regras são espécies.

[...] Os princípios, em nova concepção hermenêutica, estão sendo na atualidade considerados como espécies de normas, que *veiculam valores*, impregnados de força normativa, cuja eficácia se volta, à feição das regras, à solução das questões concretas. [...] E assim o são porque, como normas, os princípios dizem, deontologicamente, o que deve ser. [...] Tal concepção não nasceu pronta e acabada, pois, da fase jusnaturalista, em que esse traço era “basicamente nulo e duvidoso”, sob o argumento de que os princípios seriam meras pautas programáticas ou supral legais, se passou, ato contínuo, à fase juspositivista, quando então eles adentraram nos Códigos como fontes normativas subsidiárias. [...] Dessa fase foi que se evoluiu à atual e última, denominada pós-positivista, correspondente aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século, com as constituições promulgadas acentuando a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (BOSCHI, 2006, p. 35-36).

Os princípios desempenham uma função estrutural fundamental dentro do sistema jurídico, ocupando posição hierárquica superior a todas as regras que a eles se vinculam. Diferentemente do que ocorre com as regras (onde há impossibilidade de aplicação simultânea, quando antagônicas), no caso de conflito entre princípios, estes podem ser relativizados e conciliados, a depender do caso concreto, não levando à supressão de um ou outro do sistema jurídico. Neste, os princípios, sobretudo os princípios constitucionais, constituem a pedra angular das normas que o integram, informando e conformando o Direito.

Desse modo, são os princípios que, enquanto normas, fundamentam as demais regras que integram o sistema normativo. Porém, é no Direito Constitucional, que a noção de fundamento da ordem jurídica se otimiza diante da teoria principialista do Direito (ESPÍNDOLA, 2002, p. 79), uma vez que os princípios constitucionais ocupam o ponto mais alto da escala normativa, são as normas supremas, a *norma normarum*, isto é, a norma das normas (BONAVIDES, 2004, p. 290), devendo todo o sistema normativo infraconstitucional com ela se conformar.

ENTRE ASPAS

Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentaram-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional. [...] As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem as diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado. [...] E são eles as opções identificadoras das raízes do sistema constitucional. Neles estão o espírito e os fins do sistema. Indicam eles – ou antes demonstram – a tendência ideológica do sistema jurídico, determinando primária e originariamente a concretização do que eles expressam no conjunto de normas jurídicas. [...] O princípio sediado na norma constitucional é que objetiva o conteúdo do Direito a ser observado na sociedade estatal. [...] Assim, o princípio constitucional predica-se diferentemente de qualquer outro princípio ou valor prevalente na sociedade, mas não juridicizado, por carecer da normatividade que o torna impositivo ao acatamento integral. [...] A norma que dita um princípio constitucional [...] põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam (ROCHA, 1994 *apud* ESPÍNDOLA, 2002, p. 81-82).

O raciocínio parece óbvio: as leis são organizadas dentro de uma escala hierárquica, de modo que todas as normas infraconstitucionais devem se coadunar com a Constituição Federal, lei fundamental, que por sua vez, confere validade a todas as normas de hierarquia inferior que com ela se harmonizem. Porém, por vezes, essa obviedade parece ser “esquecida” pelo aplicador do Direito, que não raramente, realiza uma interpretação literal da norma, à margem da Constituição e de seus princípios fundamentais.

As respostas para determinados problemas que surgem no curso de um processo criminal estão muitas vezes nos princípios que o informam, porém, o intérprete ou aplicador da norma não os visualiza, dando interpretações ou aplicando normas em contraposição aos elementos primários de constituição do processo (RANGEL, 2003, p.1).

Essa realidade, que conduz a um não-Direito, pode e deve ser combatida no plano teórico-sistemático, por ser ilegítima ou, em outras palavras, inconstitucional.

A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso

que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum (GRAU, 2005, p. 40).

Sendo a legislação ordinária e a Constituição Federal partes integrantes de um mesmo sistema e não havendo conformidade da lei com o texto constitucional, imperiosa se torna a intervenção dos operadores do Direito, coadunando ambos os diplomas em uma mesma realidade, vez que, como já dito, uma norma vigente pode até ser eficaz, mas não se torna legítima, se estiver em desacordo com normas de grau superior que lhe confirmam validade.

3.1. Princípio da Individualização da Pena

Trata-se de princípio exposto textualmente na Constituição: “a lei regulará a individualização da pena” (art. 5º, XLVI, 1ª parte).

A individualização é compreendida em três momentos distintos: na fase de elaboração da norma (individualização em abstrato), onde o legislador estabelece quais as sanções cabíveis para cada tipo penal; quando da aplicação da pena pelo juiz através da prolação de sentença condenatória; e, por fim, na fase executória, durante o cumprimento de pena, que envolve aspectos tanto judiciais, quanto administrativos.

Na fase de criação da norma, o legislador seleciona aquelas condutas (positivas ou negativas), que entende ser merecedoras de uma reprimenda penal, valorando-as e cominando-lhes penas que variam de acordo com a relevância do bem jurídico tutelado. A esta fase seletiva, que se dá no plano abstrato, através de um critério político, denomina-se cominação.

Praticando o agente uma conduta prevista em abstrato na norma penal incriminadora e sendo comprovado, através de um processo criminal, sob o crivo do contraditório, que ela é típica, ilícita e culpável, inicia-se a segunda fase da individualização da pena, atribuída ao juiz, que é a de sua aplicação, conforme o critério trifásico previsto no Código Penal. É quando a individualização sai do plano abstrato para o plano concreto. *In verbis*:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Contextualizando o princípio ao objeto-problema, pode-se dizer que a aplicação de qualquer causa de diminuição de pena, por ser matéria de ordem pública, pode ser reconhecida, de ofício, em qualquer grau de jurisdição. Preenchidos os requisitos legais, deve o Juiz reconhecer a minorante, uma vez tratar-se de direito subjetivo do apenado.

Finalmente, a terceira e última fase da individualização da pena, como consequência direta das duas fases anteriores, ocorre com a sua execução.

3.2. Princípio da Legalidade

O art. 5º, II, da Constituição Federal, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, consagrando, portanto, em sede constitucional,

ENTRE ASPAS

o princípio da legalidade, que representa uma das maiores conquistas do Estado moderno.

Tal princípio determina que somente através de espécies normativas elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, é que se pode criar obrigações ou restringir direitos, assegurando ao particular a reação judicial contra qualquer ato em sentido contrário, o que o relaciona muito mais a uma garantia, do que propriamente a um direito individual.

A atribuição exclusiva do legislador de definir crimes e cominar penas constitui, desde a Revolução Francesa, a pedra angular do direito penal moderno, sendo a idéia de submeter a vontade do Estado ao império da lei inerente ao conceito mesmo de Estado de Direito. Que a atuação do Estado seja orientada por regras jurídicas que expressem a vontade popular é condição de legitimação democrática por meio do poder competente, o Poder Legislativo. E particularmente no âmbito jurídico-penal, em que se materializam as mais sensíveis restrições à liberdade, com maior força de razões se impõe o respeito ao princípio da estrita legalidade. Semelhante princípio atende, pois, a uma necessidade de segurança jurídica e de controle do exercício do *jus puniendi*, de modo a coibir possíveis abusos à liberdade individual por parte do titular desse poder (o Estado). Consiste, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressiva do *imperium* da lei, da supremacia do Poder Legislativo – e da soberania popular – sobre os outros poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguarda dos direitos e liberdades individuais (QUEIROZ, 2005, p. 25-26).

No inc. XXXIX, do mesmo artigo art. 5º, a CF proclama que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O mesmo enunciado foi repetido pelo art. 1º, do CP, cuja formulação se deve a Anselm Von Feuerbach, fundador da escola moderna alemã, no século XIX. Trata-se do princípio da legalidade penal ou da reserva legal, que possui contornos mais estritos que o primeiro, uma vez que, neste caso, apenas a lei em sentido estrito, emanada do órgão legislativo competente, pode criar crimes e cominar penas.

O caráter *absoluto* de reserva legal impede a delegação por parte do poder legiferante de matéria de sua exclusiva competência, lastreado no princípio da divisão de poderes. Assim, só ele pode legislar sobre determinado assunto, tal como definir a infração penal e cominar-lhe a respectiva consequência jurídica. O fundamento de garantia da reserva da lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo. Tem ela, por assim dizer, um papel negativo no sentido de que o objeto imediato e essencial do princípio é o de impedir o acesso do Poder Executivo à normação penal. Destarte, a importância e o fundamento da lei na área penal emergem de modo claro quando se acentua o significado de máxima garantia que representa para o indivíduo: tutela necessária em face da incidência da sanção penal sobre o bem jurídico essencial da liberdade pessoal. O motivo que justifica

a escolha do Legislativo como o único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática (representatividade popular – art. 1º, parágrafo único, CF), fazendo com que seu exercício não seja arbitrário (PRADO, 2006, v. 1, p. 132).

No Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade assume papel fundamental, constituindo-se no maior e mais relevante instrumento de proteção individual e possuindo quatro funções da maior relevância para o Direito Penal: 1) proibir a retroatividade da lei penal incriminadora (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); 2) proibir a criação de crimes e de penas através dos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); 3) proibir a utilização da analogia para criar crimes, dar fundamento ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) e por fim; 4) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

3.3. Princípio da Irretroatividade da “Lex Gravior” em Matéria Penal

O princípio da irretroatividade da *lex gravior* em matéria penal representa um das principais razões políticas do princípio da legalidade e pode ser sistematizado pela fórmula *lex praevia*. Corolário do princípio da legalidade, o princípio da irretroatividade da *lex gravior* ou da retroatividade da lei penal mais benigna, também possui sede constitucional: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. (art. 5º, XL, CF).

A mesma regra foi reproduzida no Código Penal: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. (art. 2º, parágrafo único, CP).

Tal princípio quer dizer que a regra geral é a da irretroatividade da lei penal, não podendo uma lei nova ser aplicada a fatos anteriores à sua vigência. A retroatividade é a exceção, e só vai ocorrer quando a lei, ao ingressar na ordem jurídica, se mostrar, de qualquer modo, mais benéfica ao infrator, ou por ter descriminalizado uma conduta, ou por prever uma sanção de forma mais branda. Na primeira hipótese, há *abolitio criminis* (art. 2º, *caput*); na segunda, *lex mitior*.

A irretroatividade visa assegurar, sobretudo, a segurança jurídica, elemento imprescindível em um Estado de Direito. “No entanto, mais importante do que esse fundamento geral é a razão estritamente penal, qual seja, a de que a promulgação de *leis ad hoc* pode facilmente estar contaminada pela comoção que a prática de um delito produz” (BITENCOURT, 2003, v. 1, p. 106).

Como evidente, a irretroatividade da lei penal consubstancia a garantia e a estabilidade do ordenamento jurídico, sem o qual não haveria condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos individuais. A vedação da retroatividade *in pejus* tem duas origens independentes: pela primeira, de cunho publicista, o decisivo para a entrada em vigor da lei é o reconhecimento de uma esfera individual de prescindência estatal: ninguém pode ser sancionado penalmente em relação a um fato que na época de sua realização era irrelevante para o Direito Penal; a segunda, de ordem político-criminal, aparece justificada

ENTRE ASPAS

por falta de sentido de uma pena retroativamente aplicada: aqui não há compensação de culpabilidade, porque não se vincula a culpabilidade alguma e tampouco pode operar m sentido preventivo, visto que ao tempo da comissão inexistia a coação inibitória da cominação penal (PRADO, 2006, v. 1, p. 190).

Não se pode aferir no plano abstrato, através de regras prontas, o que pode ser caracterizado por lei mais benigna, devendo o magistrado avaliar, em cada caso concreto, a lei que mais favoreça o acusado ou condenado (no caso de já estar cumprindo pena). Não conseguindo o juiz identificar, no caso concreto, qual a lei mais benéfica, pode ele ouvir o réu. Esse era o entendimento de Hungria, que dizia ser essa a posição “mais racional, pois ninguém melhor que o réu para conhecer as disposições que lhe são mais benéficas” (HUNGRIA, 1958 *apud* GRECO, 2005, p. 130).

Lei penal mais benigna não é só a que descriminaliza ou a que estabelece uma pena menor. Pode tratar-se da criação de uma nova causa de justificação, de uma nova causa de exclusão da culpabilidade, de uma causa impeditiva da operatividade da pena, etc. Por outro lado, a maior benignidade pode provir também de outras circunstâncias, tais como um lapso prescricional mais curto, uma classe distinta de pena, uma nova modalidade executiva da pena, o cumprimento parcial da mesma, as previsões sobre as condições de concessão do *sursis*, a liberdade condicional, etc. Ante a complexidade dos elementos que podem ser tomados em consideração para determinar qual é a lei penal mais benigna, não é possível fazê-lo em abstrato, e sim frente ao caso concreto. Dessa maneira, resolve-se o caso, hipoteticamente, conforme uma e outra lei, comparando-se, em seguida, as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 219).

Quatro são as hipóteses de conflito de leis penais no tempo: a *abolitio criminis*, a *novatio legis* incriminadora, a *novatio legis in pejus* e a *novatio legis in mellius*.

Trata-se a *abolitio criminis* de uma lei posterior mais benigna, que deixa de considerar crime, condutas até então tipificadas como tal, atingindo, até mesmo, fatos já julgados de forma definitiva, ainda que em fase de execução, tendo como consequência o desaparecimento de todos os efeitos penais, permanecendo, porém, os efeitos civis. A *novatio legis incriminadora*, ao contrário, introduz no ordenamento jurídico, como crime, fato que até então, era considerado um indiferente penal. Por esse motivo, não retroage, sendo aplicada apenas aos fatos praticados após a sua entrada em vigor.

A *novatio legis in pejus*, por ser uma lei nova mais gravosa (*lex gravior*), nos termos do art. 5º, XL, CF, como já se viu, não retroage. Nessa hipótese, a lei anterior e já revogada (mais benigna), irá ultra-agir, sendo aplicada ao caso concreto, e a *lex gravior*, que acaba de entrar em vigor, será irretroativa. Por fim, a *novatio legis in mellius*, por conferir um tratamento mais brando à situação do infrator (*lex mitior*), tem aplicação imediata, alcançando todos os fatos anteriores a ela, mesmo que com decisão já transitada em julgado.

Vale ressaltar que o marco temporal para se aferir qual lei é mais benigna, é o momento da prática do crime, uma vez ter o CP adotado a teoria da atividade: “considera-se praticado o

crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado” (art. 4º).

Durante a sucessão de leis no tempo, a regra da ultra-atividade e retroatividade benéficas, devem sempre ser observadas, podendo acontecer de a lei mais favorável não ser a vigente no “tempo do crime”, nem a que está vigendo no momento da prolação da sentença. Nesse caso, está-se diante de uma lei intermediária, que, uma vez sendo a mais benéfica, deverá ser aplicada. “Nessa hipótese, a lei intermediária tem dupla extra-atividade: é ao mesmo tempo, retroativa e ultra-ativa” (BITENCOURT, 2003, v. 1, p. 109).

3.4. Princípio do “Favor Rei”

Também denominado de princípio do *favor innocentiae* ou *favor libertatis*, o *favor rei* reflete valores de liberdade e de reconhecimento da autonomia do indivíduo, inspirando toda a legislação processual penal.

O conteúdo desse princípio indica que havendo conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do cidadão, o intérprete e aplicador da lei deve se inclinar a favor do indivíduo. E isso deve se dar de tal forma, que havendo antinomia normativa, a escolha deverá ser a mais favorável ao réu.

Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu – e sua liberdade – e o direito-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo disso está na previsão de absolvição quando não existir prova suficiente da imputação formulada (art. 386, VI, CPP). Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário (NUCCI, 2007b, p. 80).

No nosso ordenamento jurídico, várias são as normas expressas na legislação, inspiradas no *favor rei*, a exemplo da revisão criminal, da proibição da *reformatio in pejus* e da presunção de inocência.

4. Conteúdo e Natureza do Art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006

Dispõe o art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos:

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.
(...)

ENTRE ASPAS

§ 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. (grifos nossos)

Trata-se o § 4º acima transcrito, de causa especial de diminuição de pena, configurando o que se denominou de tráfico privilegiado.

As causas de diminuição de pena, também chamadas de minorantes, se apresentam como causas modificadoras na terceira fase de aplicação da pena, podendo, inclusive, reduzi-la para aquém do mínimo cominado no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Embora a redação do dispositivo legal diga que a pena “poderá” ser reduzida de 1/6 a 2/3, satisfazendo o réu os requisitos nele previstos, entende-se obrigatória a redução. É dizer, preenchidos os requisitos legais, a redução implica em direito público subjetivo do acusado e não em mera faculdade do Juiz.

Para que se opere a redução, é indispensável que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Nos termos do art. 63 do CP, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. E no art. 64, I, dispõe o CP:

Art. 64. Para efeito de reincidência: **I** - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Desse modo, o agente será considerado primário ou não reincidente, quando inexistir sentença penal condenatória com trânsito em julgado ou, havendo, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos. Caso o condenado se encontre no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, o prazo se inicia a partir da audiência admonitória ou da cerimônia de livramento condicional. Ultrapassado o período de prova (cinco anos), *in albis*, a condenação anterior não poderá ser considerada para efeito de reincidência.

Considera-se como antecedentes todo o histórico criminal do acusado que não se encaixe no conceito de reincidência. Em razão do princípio constitucional da presunção de inocência, apenas condenações anteriores já transitadas em julgado, que não possam ser apreciadas como circunstância agravante da reincidência, é que podem ser valoradas como maus antecedentes. Nessa linha de pensamento, foi editada a Súmula 444 do STJ: “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Esse entendimento não deve se restringir à aplicação da pena-base, mas a toda restrição legal que tenha suporte nos maus antecedentes, em obediência ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE EXASPERADA DE UM SEXTO. NATUREZA DA DROGA

APREENDIDA. COCAÍNA. POSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DE SEUS REQUISITOS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM.

1. Mostra-se justificada a exasperação da pena-base além do mínimo legal baseada na natureza da droga apreendida - cocaína -, por se tratar de substância nociva à saúde do usuário, a teor do que preceituam os artigos 42 da Lei nº 11.343/2006 e 59 do Código Penal.

2. Trata-se o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, de norma de direito material de observância obrigatória quando da fixação da pena nos delitos por ela regulados por imperativo constitucional, eis que beneficia o agente dada a possibilidade de redução da reprimenda.

3. Faz jus à diminuição da pena o paciente que preenche todos os seus requisitos, não sendo motivação idônea para se afastar a incidência da minorante a menção no sentido de ser o paciente detentor de maus antecedentes levando-se em conta condenação ainda não transitada em julgado. (grifos nossos)

4. Habeas corpus denegado, e concedida a ordem, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, reduzindo a pena do paciente na ação penal de que aqui se cuida a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa. (STJ – Sexta Turma, HC 152.285/SP, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues, j. 23/02/2010, DJe 24/05/2010)

Dedicar-se à atividade criminosa significa ocupar-se, com permanência e continuidade, de condutas criminosas. O legislador também não conceituou o que entende por organização criminosa. Entendemos que para que se verifique o impeditivo legal, é indispensável que o acusado exerça, dentro de um grupo de agentes voltado para a prática organizada do crime de tráfico, determinada função, com habitualidade e assiduidade. Condutas isoladas, portanto, não configuram o impeditivo legal.

Ressalte-se que esses quatro requisitos legais são cumulativos. A ausência de qualquer um deles, inviabiliza a aplicação da redução de pena.

Uma vez preenchidas as exigências legais, o dispositivo em análise autoriza a diminuição da pena de 1/6 a 2/3. No entanto, o legislador não dispôs sobre os critérios para fixação do *quantum* de redução da penalidade imposta.

A doutrina e jurisprudência costumam apontar como critério aferidor da redução, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, que se referem à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, além da quantidade e natureza da droga traficada. Mesmo que esses critérios tenham sido utilizados na fixação da pena-base, não vislumbramos impedimento para que sejam também considerados no momento de redução da pena. Nesse sentido:

O quantum da redução da aplicação da causa de diminuição anunciada pelo § 4º, deverá variar em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas, do fato e do agente, respectivamente, e que influenciaram na prática do crime. Não há nenhum problema em que o juiz possa levar em

ENTRE ASPAS

consideração, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da maior ou menor fração da redução. Afinal, a utilização das circunstâncias estaria atuando como causas diferentes, o que não repercute no *bis in idem*. Tome-se como exemplo a motivação torpe de um delito. Se essa circunstância é usada para a fixação mais gravosa da pena-base (art. 59 do CP), não poderá ser usada de novo para dar vazão a uma causa da mesma natureza, qual seja o aumento da pena como agravante do art. 61, II, a, do CP. Entretanto, quando vem a ser levada em conta como causa de diminuição, não haverá nenhum *bis in idem* quando se utiliza a circunstância para atribuir uma menor fração de redução. Do contrário, a própria utilização da reincidência como agravante, nos crimes do art. 33, caput e seu § 1º, e, depois, a ausência de primariedade para fins de negar a aplicação ao § 4º já representaria um *bis in idem* e fulminaria, *in natura*, a existência do próprio § 4º. Mas a incoerência acima ainda seria perceptível no efeito mais benéfico da causa de diminuição em tela. Veja-se, por exemplo, a hipótese de ausência de antecedentes criminais que viesse a influenciar na fixação da pena-base no patamar mínimo. Se não se distinguir essa causa pela qual a circunstância influi na aplicação da pena (fixação da pena-base), daquela pela qual é levada em conta na sua diminuição (fixação da fração de diminuição), ela também não poderia ser utilizada para fins do § 4º do art. 33, posto que já teria sido adotada para fazer com que o juiz aplicasse a pena-base no patamar mínimo. Assim, acolhendo raciocínio contrário, o que temos é que a ausência de antecedentes fará com que a pena-base parte do limite mínimo cominado ao crime, e ainda levará o juiz a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da NLA, sem que isso represente uma dupla diminuição contra o pleito da acusação e a expectativa social, dado que uma circunstância é capaz de gerar duas causas diferentes de individualização da pena. O que se veda é a utilização da mesma circunstância, mais de uma vez, como única causa de individualização da pena, tanto para mais quanto para menos. (GOMES, 2006, p. 32-33).

Finalmente, em que pese a vedação legal esculpida no dispositivo em tela, entende-se cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que presentes os requisitos previstos no art. 44 e parágrafos, do CP, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais os arts. 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, sessão de julgamento de 1º.9.2010, Informativo/STF 598). 2. Ordem concedida. (STF – Primeira Turma, HC nº. 102.351/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 21/09/2010, DJe 15/10/2010)

PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS - ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006. Na dicção da sempre ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, a vedação da substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 conflita com o princípio da individualização - Habeas Corpus nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apreciado no Plenário, com julgamento finalizado em 1º de setembro de 2010. (STF – Primeira Turma, HC nº. 101.205, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/09/2010, DJe 07/10/2010)

5. Aspectos Penais do Dispositivo, à Luz do Princípio da Retroatividade da Lei Penal Mais Benigna

Como se viu, pela nova lei de tóxicos, o agente condenado pelo crime de tráfico terá a sua pena reduzida de 1/6 a 2/3, desde que seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No entanto, a Lei nº. 11.343/06 aumentou a pena mínima cominada para o crime de tráfico, de 03 (três) para 05 (cinco) anos de reclusão. Logo, a nova lei é mais benéfica, ao permitir regra de diminuição de pena, porém, mais prejudicial, no que se refere ao *quantum* de pena mínimo exigido no preceito secundário do tipo incriminador.

A grande discussão que se formou entre os juristas diz respeito à possibilidade de aplicação da regra de diminuição de pena, aos agentes que praticaram o crime de tráfico antes da entrada em vigor da nova lei, quando o crime era tipificado pela Lei nº. 6.368/76, cujo art. 12 cominava pena mínima de 03 (três) anos de reclusão, contemplando, portanto, regra mais benéfica no que diz respeito à cominação da pena.

Aplicar o art. 12 da Lei 6.368/76 e a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, é admitir a combinação de leis: a lei nova retroagindo em sua parte benéfica (à medida em que prevê causa de diminuição de pena), combinada com a antiga, que fixa o *quantum* de 03 (três) anos como pena mínima para o crime de tráfico.

Combinar duas leis é a possibilidade que tem o julgador, em atenção aos princípios da retroatividade e ultra-atividade benéficas, de retirar de cada diploma legal, os dispositivos que melhor atendam aos interesses do agente (acusado ou condenado), desconsiderando os que prevejam medidas desfavoráveis a ele (GRECO, 2005, p. 128).

Por outro lado, alguns autores rechaçam a possibilidade da combinação, uma vez que, nesse caso, o magistrado estaria criando uma terceira lei, usurpando a função do legislador, o que lhe seria vedado pela Constituição. Segundo essa doutrina, a *lex tertia* (conjugada) implicaria numa violação de competências, ao transformar o magistrado em legislador, que, não sendo competente para tal, acabaria por violar o princípio da tripartição de poderes consagrado no art. 2º da CF. Nesse sentido: Battaglini, Maurach, Pannain, Antolisei e Asúa. Entre nós: Néelson Hungria, Aníbal Bruno e Fernando Capez.

Inúmeros são os julgados, inclusive nos Tribunais Superiores, que ainda não reconhecem a possibilidade da conjugação de leis. A depender da Turma do STJ a que seja distribuído eventual ação de *habeas corpus* ou recurso especial, por exemplo, o agente pode ou não ser contemplado pela conjugação de leis, o que implica em grave violação aos princípios da igualdade e do acesso à jurisdição (AGLANTZAKIS, [2010?]).

ENTRE ASPAS

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. LEI NOVA JÁ EM VIGOR AO TEMPO DA CONDENAÇÃO. NULIDADE. REJEIÇÃO PELO TRIBUNAL ORIGINÁRIO. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE.

INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA.

1. Evidente a nulidade parcial da sentença quando o Juízo singular deixa de se manifestar acerca da possibilidade de incidência, no caso, do redutor inserto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, que já se encontrava em vigor ao tempo da prolação da condenação.

2. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei n. 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena-base cominada ao delito do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

3. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que, tratando-se a nova regra prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 de norma de caráter preponderantemente penal e, sendo mais benéfica, aplica-se imediata e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência, nos precisos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, independentemente da fase em que se encontrem, devendo a mitigação incidir sobre a sanção cominada na Lei 6.368/76.

4. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, anular em parte a sentença condenatória, determinando que o Juízo da condenação analise a possibilidade de redução da pena do paciente com fulcro no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecê-lo. (STJ - HC 132.398/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 23/03/2010, DJe 12/04/2010).

Em outro sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DA ORDEM MEDIANTE DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

COMBINAÇÃO DE LEIS PENAS FAVORÁVEIS AO RÉU. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 E ARTIGO 12 DA LEI 6.368/76. VIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ambas as Turmas que integram a 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça se tem manifestado no sentido de ser possível a concessão de ordem de habeas corpus mediante decisão monocrática. Precedentes.

A REVISTA DA UNICORP

2. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, em caso análogo ao dos presentes autos, reafirmou o entendimento no sentido de ser possível a combinação do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 com o artigo 12 da Lei 6.368/76.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STJ - AgRg no HC 119.429/SP, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado TJ/SP), Sexta Turma, j. 02/03/2010, DJe 22/03/2010)

No STF, a matéria também é controvertida e atualmente, encontra-se em discussão no Pleno da Suprema Corte.

Segundo relata o Informativo nº. 611 do STF, no dia 02.12.2010, o Plenário da Corte iniciou o julgamento do recurso extraordinário 596152/SP, em que se discute 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. *In verbis*:

Na espécie, o Ministério Público Federal alega 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 dois sistemas legislativos diversos formaria uma terceira lei. O Min. Ricardo Lewandowski, relator, proveu o recurso para determinar que o juízo da Vara de Execuções Penais aplique, em sua integralidade, a legislação mais benéfica ao recorrido, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa.

Inicialmente, ressaltou que a doutrina sempre esteve dividida quanto ao tema. Em sequência, entendeu não ser possível a conjugação de partes mais benéficas de diferentes normas para se criar uma terceira lei, sob penal de ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Afirmou que a Constituição permitiria a retroatividade da lei penal para favorecer o réu, mas não mencionaria sua aplicação em partes. Consignou que a Lei 6.368/76 estabelecia para o delito de tráfico de drogas uma pena em abstrato de 3 a 15 anos de reclusão e fora revogada pela Lei 11.343/2006, que cominou, para o mesmo crime, pena de 5 a 15 anos de reclusão. Enfatizou, assim, 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. Acrescentou 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. Explicitou que, ao ser permitida a combinação das leis referidas para se extrair um terceiro gênero, os magistrados estariam atuando como legislador positivo. Ademais, ponderou que, dessa forma, poder-se-ia chegar à situação em que o delito de tráfico viesse a ser punido com pena semelhante às das infrações de menor potencial ofensivo. Concluiu que, se 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, seria mais favorável.

ENTRE ASPAS

Em divergência, o Min. Cezar Peluso, Presidente, proveu o recurso, no que foi seguido pelo Min. Dias Toffoli. Reiterou o teor do voto proferido 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 vez que o juiz, ao assim proceder, não criaria lei nova, mas apenas se movimentaria dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Além disso, asseverou que se deveria observar 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. Nesse diapasão, realçou, também, que a vedação de junção de dispositivos de leis diversas seria apenas produto de interpretação da doutrina e da jurisprudência, sem apoio direto em texto constitucional. Após, pediu vista o Min. Ayres Britto.

Em que pese o entendimento de renomados autores e juristas, entendemos ser perfeitamente possível a combinação de leis penais, que, ao invés de criar uma terceira lei, como defendem alguns, atende aos princípios constitucionais da ultra-atividade e retroatividade benéficas.

Na combinação de leis, o juiz não está criando uma nova lei, mas atuando legitimamente e com equidade, dentro dos parâmetros constitucionais. Se para aplicar o mandamento constitucional da lei mais favorável, o julgador pode escolher, dentre várias leis, a mais benéfica, não há nada que impeça a combinação delas. O próprio fato do Código Penal falar em lei “que de qualquer modo” beneficie o agente, nos remete ao fato de que o princípio em comento deve ser interpretado da forma mais extensa possível.

A equidade como recurso hermenêutico de aplicação do Direito é um procedimento que adapta a generalidade da norma às peculiaridades dos casos concretos. Como bem se afirma, justiça e equidade são caminhos diferentes para chegar a um único valor: a justiça considera o caso individual do ponto de vista da norma geral, a equidade procura achar a própria lei do caso individual. Definida por Aristóteles como “a justiça do caso concreto”, a equidade consiste na solução de conflitos pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma geral à especificidade da situação para que a decisão seja justa. A multiplicidade dos casos ocorrentes e das circunstâncias particular excede a capacidade de previsão do legislador, e a possibilidade de que este possa incluí-los, sem omissões ou defeitos, nas fórmulas gerais da lei, é bastante remota. Assim, a rigidez da fórmula não emendaria os erros em que o legislador porventura tivesse incorrido, gerando desigualdades e injustiças (PRADO, 2006, v. 1, p. 188-189).

A favor da combinação de leis penais: Roubier, Garraud e Petrocelli. Na doutrina brasileira: Basileu Garcia, Frederico Marques, Magalhães Noronha, Damásio de Jesus, Cezar Bitencourt, Rogério Greco, Luiz Regis Prado e Juarez Cirino dos Santos.

Qualquer interpretação legal deve se submeter aos direitos e garantias previstos na Constituição, que está no ápice de todo o sistema jurídico. Não há sentido em dizer que ao

combinar duas leis penais, o juiz está legislando e inovando na ordem jurídica. Ao contrário, entendendo pela possibilidade da combinação, está o magistrado assegurando a aplicabilidade dos princípios constitucionais da retroatividade benéfica e da individualização da pena, fazendo justiça no caso concreto.

Afinal, se interpretar é argumentar corretamente, isso significa, antes de tudo, argumentar a partir de princípios, e não a partir de regras, buscando sempre a interpretação mais condizente com os valores de liberdade, igualdade e fraternidade, especialmente. Isso vale, sobretudo, para o direito penal, por traduzir a forma mais incisiva de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, em cujo favor (da liberdade) a Constituição Federal, visando a assegurar-lhe a efetividade, consagra, num exaustivo artigo – o 5º –, uma série de garantias. E essa incorporação, em nível constitucional, dos direitos fundamentais, altera, como ressalta Ferrajoli, a relação entre o juiz e a lei e atribui à jurisdição um papel de garantia do cidadão contra as violações da legalidade, em qualquer nível, por parte dos poderes públicos, significando dizer que o direito de exigir, judicialmente, a observância das garantias constitucionais constitui, em si mesmo, uma garantia do cidadão em face do poder punitivo do Estado (QUEIROZ, 2005, p. 59-60).

Desse modo, a aplicabilidade da *lex mitior* pode e deve ser efetivada através da combinação de leis, sob pena de afronta à própria ordem constitucional.

6. Conclusões

O tema ora analisado e ainda controvertido na doutrina e jurisprudência, tem gerado grandes disparidades e insegurança jurídica.

Entendemos que a nova lei é mais benéfica, ao prever a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º), porém, é mais prejudicial, no que diz respeito à pena mínima cominada ao crime (cinco anos de reclusão), não havendo impeditivo legal na aplicação cumulativa do referido dispositivo com o art. 12 da Lei nº. 6.368/76.

Logo, para os crimes praticados sob a égide da Lei nº. 6.368/76, deve a lei nova retroagir apenas em sua parte benéfica (causa de diminuição de pena), nos exatos termos do art. 5º, XL, da CF, aplicando-se, cumulativamente, o art. 12 da lei revogada, que comina pena mínima mais branda ao crime de tráfico.

Essa é a interpretação que mais se coaduna com o nosso sistema jurídico e sobretudo, com a inafastável garantia constitucional da irretroatividade da *lex gravior*.

Referências

AGLANTZAKIS, Vick Mature. Combinação de leis no âmbito do Direito Penal: fator de insegurança jurídica. Direito Penal Virtual, [2010?]. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=611>> Acesso em: 15 dez. 2010.

ENTRE ASPAS

- BITENCOURT, Cezar. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. Metodologia da Pesquisa: Monografia, Dissertação, Tese. São Paulo: Atlas, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº. 611. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm>. Acesso em: 15 dez. 2010.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Tradução Ana Paula Zomer. et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Abel Fernandes. Nova Lei Antidrogas: Teoria, Críticas e Comentários à Lei 11.343/06. 1ª ed. Niterói: Impetus, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão. São Paulo: RT, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2005.
- LUBISCO, Nídia M. L.; VIEIRA, Sônia Chagas. Manual de Estilo Acadêmico: Monografias, Dissertações e Teses. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2003.
- MOURA, Maria das Graças de Almeida. Estado Cidadão e Cidadania. Campinas: Komedi, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007b.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: RT, 2006, v. 1.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001a.
- _____. Direito Penal: Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.