

RETROATIVIDADE BENÉFICA OU LEX TERTIA? UM ESTUDO SOBRE O CONFLITO DE LEIS NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.

BENEFICIAL RETROACTIVITY OR LEX TERTIA? A STUDY ON THE CONFLICT OF LAWS IN THE CRIME OF DRUG TRAFFICKING

*Benedicto de Souza Mello Neto*¹
<http://lattes.cnpq.br/3556862559458054>

*Renê Chiquetti Rodrigues*²
<http://lattes.cnpq.br/3046870280940708>

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar o problema do conflito de leis penais no tempo envolvendo o crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico brasileiro. A nova Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/06) determinou um tratamento mais gravoso ao traficante do que a legislação anterior (Lei n.º 6.368/76), aumentando-se a pena mínima abstratamente cominada no tipo penal. Conjuntamente, inovou no ordenamento jurídico ao prever uma causa de diminuição de pena para determinados casos de traficância. Desta sistemática, surge o questionamento acerca da possibilidade ou da impossibilidade da retroação da minorante mantendo-se intacta a pena abstrata do diploma legal anterior, por ser mais benéfica do que a estipulada na nova lei. Surgiram duas correntes teóricas no âmbito judicial visando resolver o problema proposto. Este artigo analisa o posicionamento dessas duas correntes, expondo a argumentação desenvolvida por cada uma delas.

PALAVRAS-CHAVE: CONFLITO DE LEIS; *LEX TERTIA*; LEI PENAL NO TEMPO; EXTRA-ATIVIDADE LEGAL; TRÁFICO DE DROGAS.

ABSTRACT

¹ Mestre em Direito Supraindividual pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), área de concentração em Direito Penal. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenador da Especialização em Direito e Processo Penal da Universidade Estadual de Londrina. Professor de Direito Penal Econômico e Tributário na Especialização em Direito e Processo Penal da Universidade Estadual de Londrina. Professor de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Estadual de Londrina e na Faculdade Catuaí. Advogado Criminal.

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); atualmente cursa especialização em “Filosofia Moderna e Contemporânea” pela mesma instituição e especialização em “Direito Constitucional Contemporâneo” pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Advogado Criminal.

This work aims to study the problem of conflict of penal laws in time involving the crime of drug trafficking in the Brazilian legal system. The new Drug Law (Law n.º 11.343/06) determined a more severe penalty to the drug dealer than the previous legislation (Law n.º 6.368/76), increasing the minimum penalty abstractly restraint applied by the offense. Together, innovated in the legal system by providing a cause of reduced penalty for certain cases of drug trafficking. From this systematic, arises the question about the possibility or impossibility of the retroactivity of the cause of reduced penalty keeping intact the abstract penalty of the previous statute, to be more beneficial than that stipulated by the new law. Two theoretical positions have emerged in the courts to solve the proposed problem. This article analyses the positioning of these two currents, exposing the arguments of each one.

KEYWORDS: CONFLICT OF LAWS; *LEX TERTIA*; CRIMINAL LAW IN TIME; EXTRA-LEGAL ACTIVITY; DRUG TRAFFICKING.

INTRODUÇÃO

O advento da Lei n.º 11.343/06, popularizada como nova Lei de Drogas, despertou vários debates no âmbito jurídico-penal brasileiro. Alguns destes debates se encontram relativamente superados, como o da (des)criminalização do delito de porte de drogas para uso pessoal e a possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos³ nos delitos de tráfico de entorpecentes. Contudo, nem todos os debates suscitados por tal diploma legal se encontram plenamente solucionados.

Neste artigo pretendemos abordar um debate ocasionado pela respectiva lei e ainda não plenamente pacificado nos tribunais pátrios, especialmente nas cortes superiores: trata-se da (im)possibilidade da aplicação da minorante prevista no §4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 (nova Lei de Drogas) aos crimes cometidos sob a vigência da Lei n.º 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos). O texto da antiga Lei n.º 6.368/76 tipificava o delito de tráfico de entorpecentes em seu artigo 12 cominando pena abstrata de 3 a 15 anos e multa, enquanto a redação da nova Lei n.º 11.343/06 passou a tipificar o tráfico de drogas em seu artigo 33 aumentando a reprimenda mínima em abstrato ao cominar pena de 5 a 15 anos de reclusão e multa.

³ Sobre este último tópico, em 16 de fevereiro de 2012 entrou em vigor a Resolução nº 5 de 2012 do Senado Federal, que reza em seu artigo 1º, *in verbis*: “É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS”. Trata-se de rara aplicação do tão controverso art. 52, X da Constituição Federal.

Em que pese ter elevado a pena mínima abstratamente cominada ao delito de tráfico de drogas, elevando-a de 3 (três) para 5 (cinco) anos, o novo diploma legal previu em seu § 4º do artigo 33 a seguinte causa de diminuição de pena:

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:

[...]

§ 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.

Tal causa de diminuição de pena dirigida ao 'pequeno traficante', constitui inovação jurídica da Lei n.º 11.343/06. A minorante foi elaborada em razão de recorrentes pedidos para que fosse criado um tipo intermediário entre o delito de tráfico e o porte de drogas ilícitas. Isto, pois, aquele que era eventualmente responsável pela venda de entorpecentes, conhecido popularmente como “avião” ou “mula”, era punido da mesma forma que o verdadeiro traficante, não havendo proporcionalidade entre as penas abstratamente cominadas e o real desvalor da conduta dos agentes. Para que o réu faça jus à minorante prevista no § 4º, deverá cumprir cumulativamente quatro requisitos: a) ser agente primário; b) possuir bons antecedentes; c) não se dedicar a atividades criminosas, e d) não integrar organizações criminosas.

Entretanto, tendo em vista que tal causa de diminuição não havia sido prevista na lei revogada, surge o seguinte problema: sendo a pena mínima estipulada pela nova Lei (5 anos) maior do que a prevista no antigo texto legal (3 anos), seria possível fazer retroagir tão somente a diminuição prevista no § 4º, nos crimes cometidos sob a vigência da antiga Lei 6.368/76? Em outros termos, aos crimes cometidos antes de 08 de outubro de 2006 (vigência da nova legislação), poderíamos manter a pena abstrata de 3 a 15 anos fazendo retroagir apenas o §4º do art. 33 para diminuir a pena de 1/6 a 2/3 da pena nos casos onde o réu é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra associação criminosa?

A jurisprudência brasileira tem se dividido em pelo menos duas posições básicas:

1) a primeira sustenta a impossibilidade da aplicação do §4º aos crimes cometidos sob a

vigência da antiga Lei de Tóxicos, sob o argumento principal da *vedação de combinação de leis no tempo* para beneficiar o réu (*Lex tertia*); 2) a segunda posição entende pela possibilidade da aplicação do referido parágrafo em respeito à *garantia constitucional da retroatividade da lei benéfica* ao acusado.

A controvérsia chegou aos pátios do Superior Tribunal de Justiça, dividindo o entendimento dos Ministros que compõem as Turmas responsáveis pelo julgamento das causas criminais. Enquanto a *Quinta Turma* firmou entendimento em sentido negativo, afirmando se tratar de combinação de textos legais para beneficiar o réu, o que seria proibido, a *Sexta Turma* possui vários precedentes que defendem possibilidade de retroação da nova causa de diminuição de pena.

O conflito de leis penais no tempo é tema pouco explorado pela doutrina e jurisprudência pátria, e os Tribunais superiores ainda não pacificaram o entendimento acerca dos problemas que envolvem casos onde a legislação mais nova é gravosa numa parte e mais benéfica noutra.

Este artigo procura explicitar melhor as teses envolvidas neste debate jurisprudencial analisando-se os argumentos sustentados no discurso de cada uma das vertentes teóricas formadas especialmente nos tribunais superiores. O presente estudo possui uma abordagem primordialmente expositiva, sendo composto de dois tópicos principais onde se analisam as duas posições teóricas que se antagonizam, escrutinando os argumentos sustentados por cada uma delas⁴. Iniciaremos pela exposição teórica dos argumentos daqueles que advogam a impossibilidade da conjugação dos diplomas legais.

1 PRIMEIRA CORRENTE: DA IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE DIPLOMAS LEGAIS

Tendo por paradigma a posição defendida pelo Ministro Felix Fisher, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que não é possível a aplicação retroativa somente de parte do novo artigo 33 aos casos ocorridos sob a vigência da antiga Lei de Tóxicos (Lei n.º 6.368/76)⁵.

⁴ O debate jurisprudencial sobre o assunto específico se inicia a partir de meados de 2006 no STJ, tendo atingido o STF apenas recentemente. Sustentando a vedação de combinação de leis, nos valem de vários votos proferidos principalmente pelo Ministro Félix Fisher. Os argumentos a favor da retroatividade da minorante foram fartamente sustentados no STJ pela Desembargadora convidada Jane Silva do TJMG e, atualmente, são desenvolvidos principalmente pelo Ministro Jorge Mussi.

⁵ Colacionamos alguns precedentes recentes do **STJ** onde foi adotada esta primeira orientação teórica – ressalta-se que nesta Corte este é o entendimento predominante atualmente: **AgRg no HC 199.324/MS**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 14/12/2012; **AgRg no REsp 1189603/MG**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012; **HC 128.577/SP**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2012,

Esta posição não nega que a nova minorante veio atender aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena na medida em que possibilita diferenciar a conduta do agente que não se encontra plenamente envolvido no mundo do crime do agir do traficante habitual, que faz do crime seu meio de vida⁶. Entretanto, sustenta-se que a *ratio* da previsão desta causa de diminuição de pena justifica-se *em razão do maior rigor que o atual diploma legal dispensou ao tratamento do crime de tráfico de drogas*.

DJe 16/11/2012; **HC 202.557/SP**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 21/11/2012; **HC 217.742/SP**, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2012, DJe 04/10/2012; **HC 240.771/SP**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 03/10/2012; **HC 227.353/SP**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012; **HC 200.127/PR**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 21/09/2012; **HC 193.700/SP**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 21/09/2012; **HC 167.829/MG**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012; **HC 197.210/SP**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 12/09/2012; **HC 174.878/SP**, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 21/09/2012; **HC 245.503/SP**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 21/09/2012; **AgRg no HC 168.549/RS**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 23/08/2012; **HC 178.859/MG**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 31/08/2012; **HC 168.040/SP**, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 20/08/2012; **HC 208.121/MS**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012; **HC 181.830/RS**, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 02/08/2012; **HC 239.250/SP**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012; **HC 163.920/SP**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012; **HC 176.339/RJ**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 27/06/2012; **HC 147.208/RS**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 13/08/2012; **HC 155.014/SP**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 18/06/2012; **HC 143.987/RJ**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 18/06/2012; **HC 232.115/SP**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 18/06/2012; **HC 239.250/SP**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012; **AgRg no AREsp 83.850/SC**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 25/06/2012; **HC 219.754/PR**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012; **HC 211.882/DF**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012; **HC 187.699/RS**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011; **REsp 1117068/PR**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 08/06/2012; **HC 136.252/SP**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 22/08/2011; **HC 151.206/RJ**, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 03/08/2011; **AgRg no REsp 1075322/MG**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 27/06/2011; **No STF esta tese foi adotada nos seguintes casos: HC 10.7583**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 31-05-2012 PUBLIC 01-06-2012; **HC 96.430**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-05 PP-00891.

⁶ No HC 96.242/SP, embora tenha entendido ser indevido a combinação de leis para beneficiar o réu, o relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, deixou assentado: “Inicialmente, cumpre frisar que a redução da pena objetivou suavizar a situação daqueles que não se dedicam ao tráfico como profissão, dos que cometeram o delito pela primeira vez, do traficante ocasional (a mulher que leva a droga para o marido ou o filho viciado na cadeia, por exemplo)”. Deste modo, o Ministro não fez ligação da minorante com o tratamento mais rigoroso que o tipo passou a ter debaixo da nova lei, mas entendeu que a causa de diminuição de pena veio para diferenciar a

Partindo do entendimento de que o motivo da criação desta minorante seria o tratamento mais gravoso dado pela nova Lei ao delito em questão (pena mínima de 5 anos), os adeptos deste posicionamento sustentam que o magistrado que aplicar retroativamente a referida causa de diminuição mantendo-se a pena abstrata da Lei antiga, estará contrariando tanto a *mens legis* quanto a *mens legislatoris* da norma: estaria atuando de modo indevido, usurpando as atribuições do legislador ordinário. Isto, pois, agindo de tal modo – unindo partes de dois textos legais diferentes para se extrair uma norma inédita – estaria atuando como verdadeiro legislador positivo, criando indevidamente uma terceira lei (*lex tertia*) não pretendida pelo Poder Legislativo, *violando, assim, os princípios constitucionais da separação de poderes* (art. 2º da CF) e da *reserva legal* (art. 5º. inciso II da CF).

Argumenta-se que pinçar apenas a causa de diminuição da pena e, ainda, substituir a reprimenda de privativa de liberdade por pena restritiva de direitos *violaria a sistemática interna proposta pelo legislador* que apenas previu a diminuição porque vedou a substituição da pena⁷. Não se poderia, assim, fazer retroagir a minorante aos casos anteriores sob pena de se promover a desconstituição do dispositivo legal.

Argumenta-se, também, que *a redução de pena ocasionada pela aplicação retroativa do § 4º seria demasiada e inaceitável*. Tal redução poderia ser verificada nos casos de delito cometido sob a vigência da Lei onde a pena-base fosse fixada no mínimo (03 anos) e fosse aplicado retroativamente a minorante em sua razão máxima (2/3). Nestes casos o réu receberia uma pena final de apenas 01 (um) ano de reclusão.

A inaceitabilidade se daria em virtude da pena mínima possível sob os auspícios da nova legislação ser de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão (pena base fixada em 5 anos menos 2/3 da minorante). Assim a aplicação retroativa da minorante poderia gerar uma redução de pena muito abaixo do mínimo possível atualmente na legislação em vigor. Tal redução seria uma afronta ao princípio da legalidade penal e à democracia, argumentam. Seria o arbítrio do magistrado criando uma pena não prevista pelo Congresso Nacional –

apenação de condutas distintas - HC 96.242/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 09/06/2008.

⁷ Argumento sustentado principalmente pela Ministra Maria de Assis Thereza Moura. Em seu voto proferido no *Habeas Corpus* HC 137161-SP, a Ministra manifesta o seguinte entendimento: “Coisa diversa é admitir a incidência de *circunstâncias* da nova lei *mais favoráveis ao paciente*, criando-se uma terceira lei mais benéfica, *mista*, que reúna dispositivos de ambas as leis. No caso em questão, trata-se de *desconfigurar os termos de um mesmo e único dispositivo*, o que, segundo meu entendimento extrapola a função judicial, imiscuindo-se o julgador na tarefa legislativa, ao rechaçar uma opção política, desestabilizando o equilíbrio entre os Poderes do Estado”. (HC 137161 SP 2009/0099843-2, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 03/11/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2010). Portanto, seguindo a linha de raciocínio da nobre Ministra, poderíamos concluir, *a contrario sensu*, no sentido de afirmar a validade da combinação de circunstâncias favoráveis de dois textos legais distintos, pois o que estaria vedado seria apenas a *desconstituição de um dispositivo uno*.

representantes da soberania popular. Frustraria a vontade do legislador, que tornou a punição do delito mais rigorosa, fazendo uma aplicação híbrida de duas leis no tempo.

Assim, tendo em vista que a retroatividade parcial adviria de indevida combinação de leis para beneficiar o réu, consistindo em inaceitável invasão de competência do magistrado na seara do Poder Legislativo, criando lei nova e violando o princípio da separação de poderes, os adeptos dessa posição entendem que a garantia da retroatividade deve ser total (pena abstratamente cominada + minorante). O texto jurídico em questão não poderia ser cindido, devendo ser aplicado em sua inteireza – uma espécie de teoria do conglobamento (Direito do Trabalho) aplicada na esfera do Direito Penal.

A solução do problema, para os que esposam tal entendimento, seria analisar a situação mais vantajosa ao réu *in concreto*, caso a caso, ou seja, primeiro verifica-se a pena em concreto sob cominação da lei antiga e em seguida efetua-se nova dosimetria penal fixando-a no parâmetro da nova lei (5 a 15 anos) para, só então, incidir a causa de diminuição da pena. Assim fazendo, evitar-se-ia a combinação de textos normativos para a criação de uma terceira lei, aplicando-se ao caso concreto uma das duas disposições legislativas em sua integralidade.

Este entendimento é a solução proposta pelo juiz da Suprema Corte argentina Eugenio Raúl Zaffaroni:

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. Nessa tarefa devem-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei inexistente criada unicamente pelo intérprete (ZAFFARONI, 1999, p. 228 e 229).

Outro ponto levantado pelos que compactuam deste entendimento é o argumento de que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já teria se orientado contrariamente ao 'coquetel de normas' regulamentando devidamente o problema.

Neste sentido, apontam o seguinte comando do Código Penal Militar:

Lei supressiva de incriminação

Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

Retroatividade de lei mais benigna

1º A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevindo sentença condenatória irrecorrível.

Apuração da maior benignidade

2º Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato.

Esta é a solução proposta pelo Desembargador do Tribunal de São Paulo, Guilherme de Souza Nucci:

Realmente, se houvesse permissão para a combinação de leis, colocar-se-ia em risco a própria legalidade, pois o magistrado estaria criando norma inexistente, por mais que se queira dizer tratar-se de mera integração de leis. Ora, a referida integração não passa do processo criador de uma outra lei, diferente das que lhe serviram de fonte. E quando se diz que o art. 2º, parágrafo único do CP, autoriza a aplicação da lei posterior benéfica que “de qualquer modo favorecer o agente” não está legitimando o magistrado a recortar pedaços da norma e aplicá-la em formação de uma outra totalmente inédita. Quer dizer simplesmente que uma lei penal nova mais benéfica, em qualquer ponto que seja, merece retroagir para favorecer o réu. A previsão do mencionado parágrafo único é uma cautela positiva, para que não se deixe de aplicar lei penal benéfica sob a assertiva de que não se cuida da pena propriamente dita ou da descrição da conduta típica. Há detalhes secundários que podem ser alterados na lei penal, merecedores de aplicação imediata. Exemplificando: se uma nova lei permite sursis sem o cumprimento de qualquer condição, embora não diga respeito ao tipo penal incriminador e ainda que o condenado esteja em liberdade, é um modo de favorecê-lo, logo, deve ser aplicada, eliminando-se as condições anteriormente fixadas (NUCCI, 1999, p. 105).

Entre os adeptos desta corrente encontramos vários juristas de grande respeitabilidade, tanto nacionais como estrangeiros. Entre os juristas brasileiros podemos alistar Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Fragoso⁸.

Sobre a questão em voga, o emérito penalista Nelson Hungria leciona:

[...] cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex* nova com 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 um princípio pacífico

⁸ A partir deste momento, nos valem das profundas pesquisas feitas pelo Ministro Felix Fisher, registradas em inúmeros votos, para apresentar o rol de teóricos que adotam o posicionamento ora em análise. Os votos do referido Ministro serviram como paradigma para a consolidação deste entendimento, sendo acompanhado na maioria das vezes pelos demais Ministros da Quinta Turma do STJ – a exceção do Ministro Jorge Mussi, como veremos oportunamente.

em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis. (HUNGRIA, 1958, p. 112).

Também Aníbal Bruno, adverte que “esse princípio da aplicação da lei mais benéfica, como meio de resolver o conflito de leis penais sucessivas, sugere um problema nem sempre de fácil solução”, concluindo que “não é lícito tomarem-se na decisão elementos de leis diversas. Não se pode fazer uma combinação de leis de modo a tomar de cada uma delas o que pareça mais benigno. A lei considerada mais benévola será aplicada em sua totalidade”. (BRUNO, 1967, p. 255 e 256).

Na mesma linha, Heleno Cláudio Fragoso é enfático ao se posicionar que “em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu aplicando ambas parcialmente”. (FRAGOSO, 1995, p. 105).

Entre os estrangeiros que aderem a este posicionamento, podemos mencionar Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Heinz Zipf, Edgardo Alberto Donna, Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, Gonzalo Quintero Olivares, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Antonio García-Pablos de Molina e Germano Marques da Silva.

Jiménez de Asúa ensina que

interesa dejar bien sentando que para hallar la solución más favorable para el delincuente no es posible combina varias leyes; es decir, que no es dable dividir la ley antigua y la nueva en varias partes para aplicar al acusado las disposiciones más benignas de la una y de la otra al mismo tiempo, sino que, debiendo hacer uso el Juez de la ley más benigna, no puede darse al reo un trato jurídico que, por ser derivado de las dos, no es propio de la ley neuva ni de la antigua. Lo contrario sería autorizar al magistrado para crear una tercera ley - con disposiciones de la precedente y de la posterior -, con lu cual se arrogaría funciones legislativas que no tiene. (ASÚA, 1963, p. 634).

Sebastián Soler conclui que

ese examen comparativo debe conclui por la elección de una ley, es decir, que será ilícita la aplicación al mismo caso, simultánea e sucesivamente, de disposiciones de leyes distintas , en cuyo caso no se aplicaría en realidad ninguna ley, dictada por el poder legislador, sino una nueva ley confeccionada por el juez, con elementos de distintas leyes, para un caso concreto. No son lícitos los reenvios de una e otra ley en procura de las disposiciones más favorables: elegida una ley, ésta se aplica en su integridad, y en todo su régimen. (SOLER, 1992, p. 260).

Para Reinhart Maurach e Heinz Zipf, “sólo procede la aplicación de la nueva ley y queda excluida una combinación de posibilidades que pudieren ser más favorables al autor”. (MAURACH & ZIPF, 1994, p. 202).

Edgardo Alberto Donna consigna que

[...] no se deben hacer mixturas o combinaciones de leyes habida cuenta de que, en ese caso, sería el juez quien dicta una nueva ley violando el principio que los delitos y las penas deben ser sólo obra del legislador . Por eso aunque sea posible que la reforma parcial de la ley anterior pueda ser más beneficiosa en algunos aspectos y más gravosa en otros, sólo es procedente la elección de una de las leyes en cuestión. (DONNA, 2006, p. 414 e 415).

Idêntico é o ensino de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, que asseveram:

El segundo problema se plantea cuando la ley posterior contiene aspectos beneficiosos pero también perjudiciales, por ejemplo, disminuyendo la gravedad de la pena señalada para el delito pero estableciendo circunstancias agravantes que son aplicables al caso. Tal situación debe resolverse comparando las consecuencias concretas que una y otra ley supone para el caso en cuestión y aplicando de manera completa la ley que permita las menos gravosas. Lo que no resulta posible, pese a que se ha propuesto doctrinalmente, es aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra, pues con ello el tribunal estaría creando una norma nueva (lex tertia) y desempeñando con ello funciones legislativas que no le competen. (CONDE & ARÁN, 2002, p.144).

Gonzalo Quintero Olivares leciona que

[...] lo que resulta imposible, pues se opone al principio de legalidad, es aplicar una ley que nunca ha existido como tal y que el intérprete compone tomando lo que le parece mejor de cada ley en presencia, pues la competencia para crear leyes penales no pertenece al juez. (OLIVARES, 2005, p. 150).

Diego-Manuel Luzón Peña, seguindo as lições de Jiménez de Asúa, destaca que "hay que optar por una o por otra ley, pero que no se pueden combinar los preceptos más favorables de la ley anterior y la posterior, pues eso sería formar una ley nueva." (PEÑA, 1996, p.187).

Para Guillermo Fierro

[...] la doctrina ampliamente mayoritaria como así también la jurisprudencia han concluido que no resulta lícito a los fines de establecer la mayor o menor benignidad de una ley, componer por parte del órgano judicial una tercera ley arrogándose facultades legislativas que le están vedadas, utilizando los fragmentos más favorables de la ley anterior en

forma conjunta con los más beneficiosos de la nueva [...]. (FIERRO, 2003, p. 324).

Para José Cerezo Mir:

Lo que no es posible es aplicar los preceptos más favorables de la ley posterior y de la anterior, porque ello implicaría, como señala Jiménez de Asúa, la creación de una tercera ley nueva, con la consiguiente interrogación de funciones legislativas. (MIR, 2007, p. 283).

Esse também é o parecer de Antonio García-Pablos de Molina, segundo o qual: *"A mi juicio [...] parece más convincente la opinión tradicional, esto es, la que propone se opte, caso de sucesión de leyes penales, por una de las normas en bloque, in toto: la anterior o la posterior, sin otras alternativas posibles."* (MOLINA, 2006, p. 911).

No direito português, Germano Marques da Silva defende igual solução:

Note-se que a escolha dos regimes penais em confronto, em sede de aplicação das leis no tempo, tem de ser feita em bloco, não podendo criar-se uma norma abstracta com os elementos mais favoráveis das várias leis. (SILVA, Germano; 1997, p. 265).

Concluímos esta breve exposição dos argumentos esposados por esta primeira corrente nos valendo da síntese desenvolvida por seu maior defensor na jurisprudência brasileira, o Ministro Félix Fisher⁹. O jurista apresenta a seguinte peroração em inúmeros votos proferidos:

Em suma, a Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita *in concreto*, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga¹⁰.

2 SEGUNDA CORRENTE: DA MÁXIMA EFETIVIDADE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA.

⁹ Em 12 de maio de 2010 a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1094499/MG, de relatoria do Ministro Felix Fischer, resolvendo de vez a discordância entre as Turmas (Quinta e Sexta Turma), fixando a primeira corrente como posição prevalecente na Egrégia Corte. (Cf. EREsp 1094499/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 18/08/2010).

¹⁰ Por todos os julgados analisados, conferir voto do Ministro no HC 145.730/DF; 2009/0167109-4.

Apesar de contar com a adesão de vários criminalistas nacionais e estrangeiros de grande respeitabilidade e de apresentar fortes argumentos em seu favor, a corrente que sustenta a impossibilidade de combinação de textos legais, pelo menos no que toca ao problema do delito de tráfico de drogas, passou a sofrer fortes críticas no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Estes outros doutrinadores, com argumentos igualmente sólidos, acham perfeitamente possível a aplicação de norma jurídica em favor do réu advinda da consideração simultânea de dois textos legais, formando uma segunda corrente teórica sobre o tema em estudo.

Foi possível observar tal entendimento menos de um ano depois da entrada em vigência da nova Lei de Drogas, em 06 de agosto de 2007, quando o Ministro Gilson Dipp da Quinta Turma do STJ julgou o HC 73.767/RJ, de sua relatoria, registrando em seu voto que ‘a redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deveria ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação’.

Após este julgado, a Sexta Turma passou a conceder vários *habeas corpus* determinando a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena no delito de tráfico de entorpecentes. A grande maioria dos precedentes que firmou este segundo posicionamento na Sexta Turma do STJ foi capitaneada pelos votos da Desembargadora Jane Silva, então julgando como magistrada convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ulteriormente, este entendimento tem sido firmemente defendido pelo Ministro Jorge Mussi, da Quinta Turma do STJ¹¹.

¹¹ A seguir apresentamos os precedentes do STJ em que foi adotado este segundo posicionamento: **HC 73.767/RJ**, Rel. Ministro Gilson Dipp – Quinta Turma – DJ de 06.08.2007, p. 573; **HC 83.716/SP**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJU de 1/10/2007; **HC 83.361/MS**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. – Quinta Turma – DJ de 22.10.2007, p. 334; **HC 88.114/MS**, Rel. Ministro Paulo Gallotti – Sexta Turma – DJU de 03.12.2007; **HC 93.291/SP**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), julgado em 25-3-2008; **HC 103.541/RJ** Decisão Monocrática nº 2008/0071763-1 de Superior Tribunal de Justiça, Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) Sexta Turma, 04/04/2008; **HC 100.910/DF**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 22/04/2008; **HC 96.521/SP**, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJ 12.05.2008 p. 1; **HC 82.587/RJ**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 09/06/2008; **HC 100.442/SP**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 29/04/2008, DJe 09/06/2008; **HC 101.125/SP**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2008; **HC 104.798/MG**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 09/06/2008; **HC 107.451/RS**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 24/11/2008; **HC 95.816/SP**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2008, DJe 01/12/2008; **REsp 1042435/MG**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 01/07/2008, DJe 01/12/2008; **HC 97.971/MG**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro

Os que afirmam a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena aos delitos de tráfico de drogas cometidos na vigência da Lei n.º 6.368/76 o fazem baseados na garantia constitucional da retroatividade da lei benéfica (art. 5º, LX, da CF) e no parágrafo 2º do Código Penal Brasileiro:

A lei posterior que, de qualquer modo favoreceu o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (BRASIL, Decreto-Lei n.º 2.848, 1940).

Como salientado anteriormente, o delito de tráfico da nova Lei de Drogas (art. 33 da Lei n.º 11.434/06) é praticamente o mesmo tipificado pela antiga Lei de Tóxicos (art. 12 da Lei n.º 6.368/76). O legislador ordinário alterou tão somente a pena mínima abstratamente cominada e o valor da pena de multa a ser imposta conjuntamente à pena privativa de liberdade.

Esta segunda corrente não aceita o argumento levantado pela primeira posição teórica, de que a causa de diminuição de pena do § 4º teria sido criada em razão do tratamento mais gravoso agora dispensado pelo legislador pátrio ao crime de tráfico de drogas.

De fato, não havia causa de diminuição de pena legalmente prevista para o agente primário, de bons antecedentes, que não se dedicava às atividades criminosas nem integrava organização criminosa, que fosse condenado pelo cometimento de conduta previsto art. 12 da Lei n.º 6.368/76. Não se fazia, então, qualquer diferença entre o indivíduo que se encontrava envolto no ‘mundo do crime’ e fazia do tráfico seu meio de vida e o sujeito que, sem ter passagens pela polícia, era, por exemplo, autuado em uma boate oferecendo ou fornecendo pílulas de ecstasy ou, ainda, a mulher que levava consigo drogas ao marido detento. Justamente por isso – defendem os teóricos que adotam este posicionamento teórico – o *novo*

OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/08/2010; **HC 94244/SP** 2007/0265659-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 15/09/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/09/2009; **AgRg no HC 119.429/SP**, Rel. Ministro CELSO LIMONGI DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 22/03/2010; **No âmbito do STF os seguintes julgados seguiram esta segunda orientação teórica: HC 97.128**, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-03 PP-00449; **HC 97.992 SP**, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 08/09/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-03 PP-00477; **RE 59.6152**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012; **HC 105.282 RS**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/12/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012; **HC 97.955**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 12-04-2012 PUBLIC 13-04-2012; **HC 97094**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-11-2012 PUBLIC 29-11-2012; **HC 113254**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 13/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 06-12-2012 PUBLIC 07-12-2012.

diploma legal, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, veio sanar essa disparidade de tratamento, como bem reconhecem os adeptos da primeira corrente.

Assim, conforme a segunda corrente teórica, a *ratio iuris* da minorante foi corrigir a desproporção legal gerada pelo diploma anterior que condenava do mesmo modo, a uma mesma quantidade de pena, condutas claramente desiguais.

Obviamente, o legislador brasileiro também percebeu que o tráfico de drogas atualmente não pode ser (des)valorado do mesmo modo e receber o mesmo tratamento que foi dado pelo legislador de 1976. Isto, pois, é público e notório que considerável parcela da criminalidade perpetrada em território nacional se encontra de algum modo vinculada, direta ou indiretamente, ao tráfico ilícito de drogas. Visando uma maior repressão de tais condutas ilícitas, o legislador contemporâneo optou por valorar mais gravosamente o crime de traficante de drogas, aumentando a pena mínima abstratamente cominada, vedando a conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos e, posteriormente, equiparando o delito de tráfico aos crimes hediondos.

Se a *ratio* da causa de diminuição de pena foi corrigir uma prévia desproporção punitiva ao agente primário, ela é claramente autônoma em relação ao *caput* e subsiste por si mesma, não mantendo relação necessária para com o *quantum* de pena abstratamente cominado no tipo. Entretanto, se é verdade que a razão-de-ser da minorante é o novo tratamento mais rigoroso dado ao traficante – *ratio legis* defendida pela primeira corrente –, impossível será observá-la sem ligação ao *caput* de pena mais gravosa.

Contudo, afirmar que a *ratio legis* da causa de diminuição de pena é o novo tratamento mais gravoso dispensado ao traficante, como faz a primeira corrente, implicaria em se negar que havia uma prévia desproporção de tratamento no crime de tráfico de entorpecentes na legislação penal anterior. Não se pode sustentar conjuntamente as duas razões-de-ser sem incorrer em evidente contradição: ou a minorante foi criada para sanar errôneo (injusto) juízo de (des)valoração já existente na legislação anterior ou foi criada em virtude do tratamento mais gravoso dispensado ao tráfico ilícito de entorpecentes. Uma coisa ou outra; não há compatibilidade entre estas duas possibilidades interpretativas. Em um caso (segunda corrente) já existia violação ao princípio da proporcionalidade, no outro (primeira corrente) a desproporcionalidade apenas surgiria se o novo tipo mais gravoso não previsse a causa de diminuição da pena. Cada *ratio juris* importa em uma consequência diversa: autonomia ou dependência do *caput* mais gravoso.

Assim, ao sustentar ambas as hipóteses, a primeira corrente não teria observado que o parágrafo § 4º consiste em uma inovação institucional autônoma, onde a sua razão-de-ser, sua ratio, não se encontra de modo algum vinculado ao tratamento mais rígido dado ao criminoso. Ou seja, a causa de diminuição de pena não foi criada em virtude do novo *caput*, pois, a conduta descrita no mesmo já era considerada crime na legislação anterior e já existia a necessidade de correção dos padrões punitivos. Não foi criada em virtude do tratamento mais gravoso agora dispensado ao delito de tráfico, como se anteriormente não houvesse desproporção a ser sanada. Foi, sim, criada para atender aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena corrigindo o injusto parâmetro punitivo da Lei n.º 6.368/76 que tratava do mesmo modo condutas claramente distintas, que exigem respostas de diferentes pesos por parte de um Estado Democrático de Direito.

Nesta linha segunda linha de pensamento, a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas possuiria evidente autonomia em relação ao aumento da pena abstratamente cominada no novo texto legal, podendo retroagir no tempo de modo a incidir nos casos onde o agente é primário, de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa e foi condenado pelo delito do art. 12 da Lei n.º 6.368/76.

Consta do voto-vista do Ministro Cezar Peluso proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 95.435/RS o depoimento do Deputado Federal Paulo Pimenta – relator do PLS 115/2002 que deu origem a Lei 11.343/2006, nova Lei de Drogas – na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, em um parecer de 10 de fevereiro de 2004, onde o mesmo deixou claro os motivos da criação da causa de diminuição de pena:

Não nos olvidamos da diferença existente entre pequenos e grandes traficantes. Por isso, mantivemos uma causa especial de diminuição de pena para o agente que seja primário e de bons antecedentes e cuja conduta caracteriza por ausência de habitualidade e caráter não profissional. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2008).

A fala do parlamentar esclarece qualquer dúvida quanto ao motivo da criação da minorante estipulada no novo diploma legal. De tal modo, sendo a minorante fruto de uma nova valoração da conduta menos perigosa daquele que se convencionou chamar de 'pequeno traficante' – em oposição ao traficante organizado, habitual – não haveria motivos para se repudiar a aplicação da causa de diminuição aos casos anteriores. Não há correlação, por si, da minorante com as novas penas abstratamente cominadas, pois, o propósito claro do

legislador foi punir de modo menos severo aqueles que se encaixam no perfil do §4º, independentemente do tratamento mais rigoroso previsto no novo *caput*.

A causa de diminuição de pena, em verdade, refere-se não ao *caput* do tipo, mas, sim, às condutas nele descritas - condutas estas que já eram tipificadas na legislação revogada. O fato da minorante ter sido prevista como parágrafo do artigo 33 e não estipulada em um artigo autônomo decorre de mera técnica legislativa (forma legal), não vinculando materialmente os dispositivos. Sustentar a dependência da minorante à pena prevista no *caput* unicamente pelo fato da mesma ter sido prevista em um parágrafo do mesmo artigo, seria privilegiar uma interpretação formalista da norma jurídica, afastando-se toda reflexão hermenêutica que envolve seu conteúdo, suas valorações e seu contexto histórico.

Não existiria, assim, segundo este segundo entendimento, a criação judicial de terceira lei não prevista pelo legislador ou uma invasão de competências legislativas pelo juiz. A aplicação da nova lei à pena fixada com base na antiga Lei de Tóxicos seria mera decorrência do preceito da máxima efetividade da Constituição na aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Salienta-se, também, que a vedação de combinação de leis diversas (*Lex tertia*) – que não ocorreria no caso em questão – é apenas produto de interpretação doutrinária e jurisprudencial desenvolvida em uma época de “baixa constitucionalidade” (STRECK, 2004, p. 216/220), quando se interpretava a Constituição pela legislação ordinária, e não o contrário.

O argumento de que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já teria se orientado contrariamente a este entendimento no §2º do art. 2º do Código Penal Militar também não mereceria acolhimento. Isto, pois, o CPM que contém dispositivo explícito sobre o tema é lei especial aplicável apenas em determinados e restritos casos. Conforme a hermenêutica jurídica clássica, não se pode tomar norma especial, de âmbito restrito, e interpretá-la como se disposição geral tivesse. Tal operação faria uma norma jurídica criada para um delimitado e específico campo especial ser aplicada como se regulamentasse os casos gerais do ordenamento jurídico. Em verdade, se tal vedação vigorasse a todo o sistema de Direito Penal (comum), o legislador teria deixado disposição explícita no Código Penal assim como o fez no Código Penal Militar. Tal raciocínio é o bastante para se afastar o supracitado argumento.

Demais disso, além do fato de a norma especial ser interpretada sempre restritivamente a casos a que se refere, o princípio da reserva legal seria óbice intransponível para a aplicação do referido preceito, visto ser de conhecimento geral a impossibilidade do emprego de analogia em desfavor do réu. Assim, não se pode aplicar analogicamente referida

disposição do Código Penal Militar a casos disciplinados pelo Código Penal ou legislação penal esparsa.

De acordo com este segundo entendimento teórico, a leitura da *lex mitior* proposta pela primeira corrente acaba por limitar injustificadamente o alcance de aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, não sendo a melhor interpretação da garantia constitucional. Nesse sentido, alegar que o Poder Judiciário estaria invadindo a esfera de atribuições do Poder Legislativo, na medida em que “criaria” uma terceira lei, é fazer tábula rasa do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Apesar de se valer de dois diplomas legais para a produção da norma jurídica penal, o caso da aplicação retroativa do parágrafo §4º não incorreria na construção teórica da vedação de combinação de leis ou *Lex tertia*. Vejamos:

O HC 68.416 de relatoria do Ministro Paulo Brossard é recorrentemente citado como referência para demonstrar o que seria uma vedação da *lex tertia*. Nesse julgamento, o que se pretendia na verdade era, com relação à liberdade provisória do preso, a aplicação conjunta dos requisitos da lei antiga com os da lei nova. Tal caso constitui autêntica e inadmissível tentativa de criação indireta de lei processual penal. A *Lex tertia*, portanto, é uma criação teórica que impede a combinação de partes de dois institutos para fazer surgir um terceiro. No caso mencionado, o julgado relatado por Brossard envolvia um pedido de aplicação de alguns requisitos da lei nova conjuntamente a alguns requisitos da lei anterior, criando um *tertium genus*, uma nova lista (híbrida) de requisitos para a concessão da liberdade provisória.

Entretanto, coisa diferente é a retroatividade da minorante no caso do tráfico de drogas ora em estudo, pois não há que se falar em alteração do instituto jurídico. Não há qualquer espécie de fusão entre o antigo crime de tráfico de entorpecentes e o novo delito de tráfico de drogas, pois a materialidade típica continua a mesma. O que retroage é meramente um instituto autônomo e independente – a causa de diminuição da pena, anteriormente não prevista, que surgiu para tentar corrigir antigo problema decorrente da falta de proporcionalidade na aplicação das penas, alteração que já se fazia necessária inclusive sob a égide da lei antiga.

Ressalte-se que o próprio STJ já chancelou a possibilidade de se combinarem validamente textos legais para que o réu fosse penalmente beneficiado. Tal fato se deu com a combinação legal levada a efeito entre o art. 8º da Lei de Crimes Hediondos e o artigo 14 da antiga Lei de Tóxicos, onde se evidenciou a distinção e a independência das normas que

definem o tipo das que regem a cominação da pena. Neste sentido, aponta-se o seguinte julgado:

PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 8.072/90, ART. 8º. LEI Nº 6.368/76, ART. 14. INTEGRAÇÃO DE NORMAS. INTERPRETAÇÃO CORRETIVA. - O Supremo Tribunal Federal, por decisão majoritária, proclamou o entendimento de que em tema de associação para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, impõe-se a integração das duas normas regentes - art. 14 da Lei de Tóxicos e art. 8º da Lei nº 8.072/90 -, tomando-se a definição do tipo para a primeira e a fixação da pena para a segunda. - Recurso especial não conhecido. (308893 SP 2001/0027659-8, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 25/02/2002, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 18.03.2002 p. 308).¹²

De tal modo, a jurisprudência sobre a vedação de *Lex tertia* não deve ser repetida acriticamente e sem maiores reflexões voltadas à especificidade teórica dos problemas jurídicos, como se fosse um mantra ou um dogma intocável. Ao produzir a norma aplicável ao caso concreto o intérprete pode, licitamente, se valer de dois textos legais distintos, preservando a ultratividade da pena abstrata fixada no *caput* fazendo incidir retroativamente a causa de diminuição da pena prevista na nova lei em virtude da autonomia dos institutos¹³.

Ressalte-se que, mesmo que não se admita a “mescla” de diplomas legislativos no caso de institutos autônomos, ainda assim o primeiro entendimento se encontraria prejudicado. Eis que a minorante instituída pela nova lei não pode ser confrontada com a lei anterior, pois, o texto antigo não cuidava desse tipo de causa de diminuição, sendo completamente inédita. Inexiste assim qualquer “mesclagem de sistemas”.

Aceitar a solução proposta pela primeira corrente – uma espécie de aplicação da Teoria do Conglobamento do Direito do Trabalho na esfera do Direito Penal – seria reconhecer a possibilidade de aplicação da retroatividade *in pejus* ao réu, atribuindo-se um desvalor inexistente à conduta do agente quando do cometimento da ação. Em outros termos,

¹² No mesmo sentido: PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 8.072/90, ART. 8º. LEI Nº 6.368/76, ART. 14. INTEGRAÇÃO DE NORMAS. INTERPRETAÇÃO CORRETIVA. O Supremo Tribunal Federal, por decisão majoritária, proclamou o entendimento de que em tema de associação para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, impõe-se a integração das duas normas regentes – art. 14 da Lei de Tóxicos e art. 8º da Lei nº 8.072/90 –, tomando-se a definição do tipo para a primeira e a fixação da pena para a segunda. - Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 273245 – SP, 6ª Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, j. 14/05/2002, D.J.U. de 05/08/2002, p. 418).

¹³ Assim se manifestou a Sexta Turma do STJ, ao julgar o HC 96521/SP relatado pelo Min. Nilson Naves: “4. Isso não significa que se esteja aqui juntando as Leis nºs 6.368/76 e 11.343/06 com o objetivo de se produzir uma terceira lei, ou que se esteja colhendo benefícios daqui ou dali. 5. Impõe-se, isto sim, se extraíam consequências de um bom, se não excelente princípio/norma, que cumpre ser preservado para o bem do Estado democrático de direito”(HC 96521/SP, Relator Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJ 12.05.2008 p.1).

aplicar um dos diplomas legais em sua inteireza no problema em questão, implicará ou na retroatividade *in pejus* ou na não aplicação da lei penal posterior que beneficia o réu, fulminando a garantia da constitucional da retroatividade (art. 5º, XL, da CF).

Muitos autores de renome, como José Afonso da Silva, Frederico Marques, Júlio Fabbrini Mirabete, René Ariel Dotti, Rogério Grecco, César Roberto Bittencourt, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Fernando Galvão entendem ser possível a combinação de dois textos legais para a produção de norma que beneficia o réu.

O emérito constitucionalista José Afonso da Silva, comentando o inciso XL da Carta Magna brasileira explana:

EXCEÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA: De fato, diz o inciso que ‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’. Tem-se, no caso, a exceção da lei mais benéfica [...]. A lei nova também retroage se altera o regime anterior em favor do réu – seja por exemplo, cominando pena menor ou estabelecendo atenuante, ou qualquer outro benefício. (SILVA, José; 2008, p. 138).

Neste mesmo sentido, segue o processualista José Frederico Marques:

[...] dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, 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 por que se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente a Constituição. Se lhe está afeto escolher “o todo”, para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepassar a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação pelo papel preponderante do texto constitucional. A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica, se, para evitar-se a transação e o ecletismo, a parcela 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. Quando está em jogo a Constituição, o juiz, para cumpri-la, pode até mesmo usar poderes pretorianos de *adjuvare, supplere, corrigere*, sem que esteja se exorbitando. Por que lhe cercear, portanto, a escolha da regra aplicável quando esta é tirada de lei anterior ao julgamento? (MARQUES, 1997, p. 256/257).

Este também é o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete apontado em duas obras distintas:

A melhor solução, porém, é a de que pode haver combinação de duas leis, aplicando-se ao caso concreto os dispositivos mais benéficos. A conjugação pode ser efetuada não só a inclusão de um dispositivo de lei nova, como também com a combinação de parte de dispositivo de lei anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido ao julgador a aplicação de uma terceira lei formada por parte das duas em confronto, é a orientação mais aceitável, considerando-se que o sentido do princípio constitucional da retroatividade obrigatória da lei mais benigna é que se aplique sempre a norma mais favorável, seja ela um artigo, um parágrafo, um inciso, ou parte dele quando for mais favorável ao agente. (MIRABETE, 2003, p. 113).

A conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido ao julgador a aplicação de uma “terceira” (formada por parte de duas), essa orientação afigura-se mais aceitável, considerando-se que o sentido da Constituição é de que se aplique sempre a norma mais favorável. (MIRABETE, 2002, p. 67).

René Ariel Dotti também adere a esta possibilidade:

Quando as leis em conflito não possam ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto e suas normas aplicáveis ao fato, há necessidade de se promover uma combinação para se extrair, de uma e de outra, as disposições mais benéficas. Essa é a orientação mais avançada segundo a lição dos mestres e os precedentes da jurisprudência. (DOTTI, 2004, p. 271).

Rogério Grecco leciona:

Entendemos que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais de ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o beneficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados. (GRECCO, 2006, p. 123).

César Roberto Bittencourt, comungando com os demais autores, registra sua posição:

A nosso juízo, esse é o melhor entendimento, que permite a combinação de duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos. O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de examinar essa matéria e decidiu pela possibilidade da conjugação de leis para beneficiar o acusado (HC 69.033-5- Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 1992, p. 2925). (BITTENCOURT, 2006, p. 169).

Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, ao estudarem a matéria relativamente ao artigo 33, §3º da Lei 11.343/2006, enfatizam:

Conclusão: preenchidos os requisitos desse novo art. 33, §3º, ele deve ter incidência retroativa e vai alcançar todos os fatos passados, aplicando-se a pena privativa de liberdade da nova, mantendo-se a pena de multa da antiga. Com isso fica patente que o juiz não está “criando” uma terceira, ou seja, o juiz não está “inventando” nenhum tipo de sanção: apenas vai aplicar as partes benéficas de cada lei, aprovada pelo legislador. O que está vedado ao juiz é ele “inventar” um novo tipo de sanção. Isso não pode. Aplicar tudo aquilo que foi aprovado pelo legislador o juiz pode (e deve). (*in* “Nova Lei de Drogas: retroatividade ou irretroatividade? (GOMES & CUNHA).

Por fim, apresentamos o entendimento de Fernando Galvão:

Ao contrário, pode-se entender que a possibilidade da combinação das leis é extraída do próprio sistema normativo. Se a finalidade da garantia constitucional que impõe retroatividade *in melius* é beneficiar o autor do fato, impedir a retroatividade da parte benéfica da lei nova é impedir a aplicação do benefício pretendido pela carta constitucional. Portanto, a combinação das leis é solução acolhida pelo ordenamento jurídico, quando resultar em benefício para o autor do fato. (GALVÃO, 2007, p. 96).

O debate que vinha sendo realizado ante o Superior Tribunal de Justiça alcançou recentemente a mais alta Corte brasileira. No ano de 2008, a Excelsa Corte apreciou o HC 96.430 de relatoria da Min. Ellen Gracie, enfrentando o problema pela primeira vez e julgando que a retroatividade do § 4º implicaria na violação do princípio da separação de poderes (1ª corrente). Mais recentemente, contudo, nos julgamentos dos HCs 97.128 e 97.992 de relatoria do Min. César Peluso, foi adotada a tese da máxima efetividade das normas constitucionais (2ª corrente), fazendo retroagir o §4º em obediência à garantia constitucional da retroatividade benéfica. Recentemente o plenário do Supremo Tribunal Federal pôde apreciar a questão no julgamento do RE 59.6152/SP de relatoria do Min. Ricardo Lewandowsky, confrontando ambos os entendimentos.

Neste julgado, os Ministros Lewandowski, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio decidiram pela adoção da posição tradicional – aplicação integral do diploma jurídico (vedação da *Lex tertia*). Já os Ministros Ayres Britto, Cesar Peluso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello entenderam pela adoção da segunda corrente, sustentando o não impedimento da retroatividade benéfica. Tendo em vista que a Ministra Rosa Weber ainda não havia sido empossada na ocasião do julgamento, o caso restou empatado (5x5) resolvendo-se o problema por meio da aplicação do artigo 146 do Regimento Interno da Corte – em caso de empate prevalece a decisão mais favorável ao réu.

CONCLUSÃO

Das várias discussões que a nova Lei de Drogas provocou no âmbito jurídico brasileiro, nem todas ainda foram devidamente pacificadas pela doutrina e pela jurisprudência. Uma destas questões ainda controvertidas consiste na possibilidade de aplicação da causa de diminuição no crime de tráfico de drogas aos fatos ocorridos anteriormente à vigência da Lei. O presente estudo verificou a existência de duas posições teóricas acerca desta questão. A controvérsia se deve ao fato de que a antiga Lei de Tóxicos previa uma pena mínima abstrata de 03 (três) anos, mas não estabelecia qualquer causa de diminuição de pena. Já a nova Lei de Drogas aumentou a pena mínima abstratamente cominada para 05 (cinco) anos, instituindo uma minorante (1/6 a 2/3) ao agente primário, de bons antecedentes, que se dedica a atividades criminosas e não integra organizações criminosas.

A primeira posição segue uma linha de entendimento tradicional, sendo atualmente a posição dominante no Superior Tribunal de Justiça. Esta corrente nega a incidência retroativa da causa de diminuição do § 4º em conjunto com a pena abstrata cominada pela antiga Lei de Tóxicos, pois referida aplicação implicaria na cisão de dispositivos legais e na combinação indevida de leis, criando uma terceira hipótese não prevista pelo legislador ordinário. Tal situação resultaria na violação do princípio da separação de poderes. A solução do problema se daria no âmbito do caso concreto, pela aplicação integral de um ou outro diploma legal, verificando-se qual pena é mais benéfica ao réu.

A segunda posição surge em contraposição ao entendimento tradicional e tem encontrado uma adesão maior no Supremo Tribunal Federal. Esta corrente afirma que o problema em questão não importa na combinação de combinação de leis (*Lex tertia*), pois não se está criando um instituto híbrido, mas apenas fazendo prevalecer a garantia constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (*Lex mitior*) em atenção ao princípio da máxima efetividade da Constituição. Sustenta-se, assim, a independência da minorante em relação ao *caput*, que veio para resolver uma desproporção prévia que conferia o mesmo tratamento penal à condutas desiguais.

De nossa parte, concordamos com os argumentos desenvolvidos pela segunda corrente teórica. Do exposto, parece-nos claro que a *ratio legis* da minorante prevista no novo diploma legal não se encontra no tratamento mais gravoso dado ao delito de tráfico de drogas e sim na correção de uma valoração penal equivocadamente feita pela antiga Lei de Tóxicos. Pensamos que uma interpretação constitucionalmente adequada não pode se basear

unicamente em aspectos formais da constituição abstrata do tipo penal, mas deve levar em conta o aspecto substancial do texto jurídico, reconstruindo o sentido histórico dos institutos.

Referências Bibliográficas

ASÚA, Jiménez, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, 5ª edição, Buenos Aires: Editora Losada, 1963.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. vol. 01, 10.ed, São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 95435-RS*, Segunda Turma, Relatora: Min. Ellen Gracie. Data de Julgamento: 21/10/2008; Data de Publicação: DJe-211 Divulgação: 06-11-2008; Publicação: 07-11-2008, EMENT VOL-02340-04 PP-00691.

BRUNO, Aníbal; *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

CONDE, Francisco Muñoz & ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: Parte General*, 5ª edição, Valencia: Editora Tirant lo Blanch Libros, 2002.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

FIERRO, Guillermo. *Legalidad y Retroactividad de las Normas Penales*. Buenos Aires: Editora Hamurabi, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 15ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Luiz Flávio & CUNHA, Rogério Sanches. *Nova Lei de Drogas: Retroatividade ou Irretroatividade?* (primeira parte). Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI32259,81042-Nova+lei+de+drogas+retroatividade+ou+irretroatividade>>. Acesso em 10 de julho de 2012.

GOMES, Luiz Flávio & CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação Criminal Especial*. coleção ciências criminais vol. 6, São Paulo: RT, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. vol. 01, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. vol. I, 4ª ed., Forense, 1958.

- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. vol. 01, Campinas: Bookseller, 1997.
- MAURACH, Reinhart & ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução da 7ª edição alemã, Buenos Aires: Editora Astrea, 1994.
- MIR, José Cerezo. *Derecho Penal: Parte General*. São Paulo: RT, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 18.ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Introducción al Derecho Penal*. 4ª ed., Madri: Editora Ramón Areces, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de Direito Penal: Parte Geral. Parte Especial*. 6ª edição, São Paulo: RT, 2009.
- OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Parte General del Derecho Penal*, Pamplona: Editora Thomson-Aranzadi, 2005.
- PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Curso de Derecho Penal: Parte General I*, Madri: Editorial Universitas, S.A. 1996.
- SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português: Parte Geral*, Lisboa: Editora Verbo, 1997.
- SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOLER, Sebatían. *Derecho Penal Argentino*. Volume 1, 4ª edição, Buenos Aires: Editora Tipografica, 1992.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.