



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
JULIANA CUNHA ESPEZIM**

**A (IM) POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06
NO CÁLCULO DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76**

**Florianópolis
2010**

JULIANA CUNHA ESPEZIM

A (IM) POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06
NO CÁLCULO DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa
Catarina como requisito à obtenção do título de
Bacharel.

Orientador: Prof. Gustavo Ávila, msc

Florianópolis

2010

JULIANA CUNHA ESPEZIM

**A (IM) POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06
NO CÁLCULO DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, ____ de junho de 2010.

Professor e orientador Gustavo Ávila, msc
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professor _____
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professor _____
Universidade do Sul de Santa Catarina

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo examinar a forma de incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 quanto aos crimes de tráfico de drogas praticados na vigência da Lei n. 6.368/76. Para tanto serão analisados os aspectos que permeiam a aplicação da lei penal no tempo e o princípio da irretroatividade da lei penal. Posteriormente, será examinada a pena e sua finalidade no Direito Criminal. Nesse contexto, será apresentada a política criminal sobre drogas no Brasil e demonstrados os aspectos relevantes da Lei n. 11.343/06. Por fim, após o enfoque da individualização da pena, o estudo passará a ter como objeto a exposição dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 quanto aos delitos cometidos na vigência da Lei n. 6.368/76. O conjunto das informações apresentadas ao longo do presente trabalho terá como resultado a conclusão de que § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 somente terá retroatividade caso pena calculada com base na reprimenda cominada nessa Lei atingir patamar mais benéfico do que o alcançado com o cômputo da pena procedido conforme as diretrizes da Lei n. 6.368/76. Argumenta-se que tal hipótese alia a aplicação do princípio da retroatividade com o recrudescimento do tratamento penal atribuído ao traficante na Lei n. 11.343/06.

Palavras-chave: Aplicação. Retroatividade. Causa especial de diminuição de pena. Lei n. 11.343/06.

ABSTRACT

The present work has how I aim to examine the form of incidence of § 4th of art. 33 of the Law n. 11.343/06 as for the crimes of drug trafficking practiced in the validity of the Law n. 6.368/76. For so much there will be analysed the aspects that permeate the application of the penal law in the time and the beginning of the irretroatividade of the penal law. Subsequently, the feather and his finality will be examined in the Criminal Right. In this context, the criminal politics will be introduced on drugs in Brazil and when the relevant aspects of the Law were demonstrated n. 11.343/06. Finally, after the approach of the individualization of the feather, the study will start to take the exhibition of the entendimentos doutrinários as an object and jurisprudenciais about the retroactive application of § 4th of art. 33 of the Law n. 11.343/06 as for the crimes committed in the validity of the Law n. 6.368/76. The set of the informations presented along the present work will have as a result the conclusion of which § 4th of art. 33 of the Law n. 11.343/06 it will only have retroactivity if feather calculated on basis of the reprimand comminated in this Law to reach landing more beneficial than the reached with the computation of the feather proceeded according to the directives of the Law n. 6.368/76. Argue what about hypothesis there allies the application of the beginning of the retroactivity with the worsening of the penal treatment attributed to a dealer in the Law n. 11.343/06.

Key Words: Application. Retroactivity. Special cause of reduction of feather. Law n. 11.343/06.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO	9
2.1 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO.....	9
2.2 HIPÓTESES DE CONFLITOS DECORRENTES DA SUCESSÃO DE LEIS PENALIS NO TEMPO.....	15
2.2.1 Abolitio criminis.....	15
2.2.2 Novatio legis incriminadora.....	18
2.2.3 Novatio legis in pejus.....	20
2.2.4 Novatio legis in melius.....	21
2.3 A ULTRA-ATIVIDADE DAS LEIS INTERMITENTES.....	23
2.4 A LEI PENAL EM BRANCO E A RETROATIVIDADE.....	24
2.5 O TEMPO DO CRIME.....	25
2.6 CONJUGAÇÃO DE LEIS.....	26
3 A SANÇÃO PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL SOBRE DROGAS.....	30
3.1 A ORIGEM DA PENA.....	30
3.2 CONCEITO E FINALIDADE DA PENA.....	31
3.2.1 Teorias sobre a finalidade da pena.....	32
3.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS.....	35
3.4 PRINCÍPIOS RELATIVOS À PENA.....	36
3.5 A POLÍTICA CRIMINAL SOBRE DROGAS NO BRASIL.....	39
3.5.1 Breve histórico da legislação de drogas no Brasil.....	40
3.5.2 O tratamento penal sobre drogas no Brasil.....	44
3.5.2.1 Aspectos relevantes acerca da Lei n. 6.368/76.....	44
3.5.2.2 Aspectos relevantes acerca da Lei n. 11.343/06.....	47
4 A APLICAÇÃO DA PENA E A RETROATIVIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 AOS CRIMES PRATICADOS SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/76.....	53
4.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: COMINAÇÃO, APLICAÇÃO E EXECUÇÃO.....	53
4.2 A APLICAÇÃO DA PENA.....	55

4.3 A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06.....	58
4.3.1 A combinação de leis: possibilidade de retroagir apenas o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 sobre a pena cominada na Lei n. 6.368/76.....	59
4.3.2 A irretroatividade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.....	65
4.3.3 A retroatividade da pena calculada com base na reprimenda cominada na Lei n. 11.343/06.....	67
5 CONCLUSÃO.....	74
6 REFERÊNCIAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 revogou as disposições da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976 e da Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. O novo Diploma Legal modificou a política criminal sobre drogas no Brasil, inserindo no ordenamento jurídico medidas de prevenção ao uso indevido e de ressocialização do usuário, bem como de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.

Com efeito, dentre as inovações introduzidas pela Lei de Drogas de 2006, destacam-se a exacerbação da pena base cominada ao crime de tráfico de drogas e à causa especial de diminuição da pena infligida ao traficante ocasional. O mencionado redutor de pena ensejou debates com enfoque na possibilidade da retroatividade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 aos crimes praticados sob a égide da Lei 6.368/76. É justamente sobre esse tema que versa o presente trabalho acadêmico.

O primeiro capítulo diz respeito aos aspectos que circundam a aplicação da lei penal no tempo e, nesse contexto, ao exame do princípio da irretroatividade da lei penal. A fim de elucidar a questão, serão comentados os princípios diretamente relacionados com a problemática de sucessão de normas legais e, ainda, esmiuçadas as hipóteses de conflitos de leis penais no tempo.

Já no segundo capítulo, intitulado de “A sanção penal e a política criminal sobre drogas”, proceder-se-á a análise da pena no Direito Criminal e da sua respectiva finalidade. Com esse enfoque, será examinado o tratamento penal sobre drogas no Brasil, sobretudo no que diz respeito ao tráfico e à função da reprimenda que lhe é cominada. Para tanto far-se-á uma análise comparativa entre a Lei n. 6.368/76 e a Lei n. 11.343/06 objetivando contextualizar o cenário da política de proibição às drogas, de modo a demonstrar o propósito de cada lei.

Por fim, no último capítulo, designado “A aplicação da pena e a retroatividade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06”, realizar-se-á explanação acerca da individualização da pena no âmbito legislativo, judicial e executório, assim como da finalidade da reprimenda em cada etapa.

É oportuno registrar que a individualização da pena na esfera judicial será pormenorizadamente analisada, já que é nesta fase que incide a causa especial de

diminuição de pena. Sendo assim, será explicado como é procedido o cálculo da pena privativa de liberdade e, nesse ponto, demonstrado em qual momento o julgador deve avaliar eventual causa especial de diminuição a incidir no caso concreto.

Uma vez realizados tais apontamentos, o enfoque do presente trabalho acadêmico irá voltar-se ao estudo da aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 aos delitos cometidos sob a égide da Lei 6.368/76. A controvérsia doutrinária e jurisprudencial do tema abordado divide-se em três vertentes:

a) a retroação tão somente do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 para ser aplicado no cálculo da pena cominada na Lei n. 6.368/76, possibilitando, desta forma, a conjugação das leis

b) a impossibilidade de a mencionada causa especial de diminuição de pena retroagir para alcançar fato praticado na vigência da Lei n. 6.368/76, em razão de o benefício estar diretamente concatenado ao aumento da pena atribuída ao crime de tráfico, entendimento que impede o seu desate da Lei n. 11.343/06, e, como consequência, a retroatividade da Lei de Drogas de 2006 não é autorizada em razão de se afigurar norma mais grave; e

c) a causa especial de diminuição de pena deve incidir sobre a reprimenda cominada na Lei 11.343/06, *quantum* que deverá retroagir quando se apresentar mais benéfico ao réu do que a pena computada conforme os ditames da antiga Lei de Drogas.

Em última análise, frente à controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, objetiva-se esclarecer os argumentos defendidos por cada posicionamento a fim de estabelecer aquela que se mostra mais adequada ao princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica e, ainda, ao contexto em que está inserida a causa especial de diminuição de pena abordada.

Cumprir registrar que o estudo do tema do presente trabalho será realizado por meio do método indutivo de abordagem e da técnica de pesquisa bibliográfica.

2 APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

A questão central do presente capítulo versa sobre os aspectos que permeiam a aplicação da lei penal no tempo e, neste contexto, a forma de incidência do princípio da irretroatividade da lei penal.

Com o intuito de elucidar o debate, serão comentados os princípios diretamente concatenados com a problemática de sucessão de normas legais, e ainda, enfocadas as seguintes hipóteses de conflitos de leis penais: a) *abolitio criminis*; b) *novatio legis* incriminadora; c) *novatio legis in pejus*; e d) *novatio legis in mellius*. É oportuno destacar que, posteriormente, serão apresentados os entendimentos doutrinários acerca da possibilidade, ou não, da conjugação de leis.

A partir desse panorama, tem-se como propósito compreender a forma de aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/76 aos crimes praticados na vigência da Lei 6.368/76.

2.1 PRINCÍPIOS RELATIVOS À APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988, nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹.

Segundo Moraes², mencionado princípio tem como objetivo tolher o poder arbitrário do Estado. E isso porque, segundo preconiza, as obrigações a serem cumpridas pelo indivíduo somente lhe podem ser impostas mediante normas elaboradas de acordo com as regras do processo legislativo constitucional.

De acordo com Silva³, o princípio da legalidade não deve ser confundido com o da reserva de lei, pois o primeiro postulado diz respeito à “submissão e o res-

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 69.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, p. 421.

peito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”. Já o segundo preceito restringe à lei formal a regulamentação de determinadas matérias.

Sobre a subdivisão do princípio da reserva legal, disserta Moraes⁴:

A Constituição Federal estabelece essa reserva de lei, de modo absoluto ou relativo.

Assim, temos a *reserva legal absoluta* quando a norma constitucional exige para sua integral regulamentação a edição de lei formal, entendida como *ato normativo emanado do Congresso Nacional elaborado de acordo com o devido processo legislativo constitucional*.

Por outro lado, temos *reserva legal relativa* quando a Constituição Federal, apesar de exigir edição de lei formal, permite que esta fixe tão somente parâmetros de atuação para órgão administrativo, que poderá complementá-la por ato infralegal, sempre, porém, respeitados os limites ou requisitos estabelecidos na legislação.

[...].

As hipóteses de *reserva legal relativa* são estabelecidas diretamente pela Constituição Federal, que permitirá, excepcionalmente, a complementação da legislação por atos normativos infraconstitucionais, pois em caso contrário, como salienta Canotilho, “a lei deve estabelecer ela mesma o respectivo regime jurídico, não podendo declinar a sua competência normativa a favor de outras fontes (proibição da incompetência negativa do legislador)”.

Segundo as lições de Toledo⁵, o princípio da legalidade penal diz respeito à impossibilidade de nenhum fato ser considerado crime e de nenhuma pena ser aplicada sem que, previamente à concretização desse mesmo fato, tanto o tipo delitivo quanto a sanção estejam instituídos por lei. Este princípio visa obstar que o poder estatal interfira nas liberdades individuais do cidadão, motivo pelo qual está incluso na Constituição entre os direitos e garantias individuais.

O princípio da legalidade penal está inserto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República, nos seguintes termos: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁶. Também está previsto no art. 1º do Código Penal, cuja redação não difere substancialmente daquela delineada no dispositivo constitucional. Confira-se o seu teor: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”⁷.

Toledo⁸ complementa que o princípio da legalidade no âmbito do Direito Penal, também conhecido por meio da expressão latina *nullum crimen, nulla poena*

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 70.

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

⁷ BRASIL. **Código Penal, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 30 de abril de 2010.

⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21.

sine lege – cuja construção é atribuída ao alemão Feuerbach nos meados do século XIX – confere exclusivamente à lei a função de elaborar normas incriminadoras e as respectivas sanções penais.

No mesmo sentido, segundo as lições de Silva⁹, o art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna, apresenta uma reserva absoluta de lei formal, porquanto “exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas”.

Queiroz¹⁰ acrescenta que o princípio da legalidade trata de uma garantia aos direitos do indivíduo. Afirma o autor que, sua aplicabilidade é direcionada a obter segurança jurídica e controlar o poder punitivo do Estado, de modo a impedir que este atue de forma temerária em relação à liberdade individual.

Assim, conclui-se que um ato somente pode ser reputado como criminoso e, em razão disso, penalizado pelo Estado, se existir lei anterior à sua prática que o defina como crime e lhe atribua sanção correspondente. Outro não é o posicionamento de Bitencourt¹¹.

Em razão disso, Greco¹² afirma que o princípio da legalidade assume importância ímpar no âmbito do Direito Penal, porque a lei é o único meio para coibir determinadas condutas, mediante a imposição de uma sanção, razão pela qual não é possível se falar em crime sem que haja existência de prévia lei definindo-o como tal.

Sob outro viés, como ensina Nucci¹³, a aplicabilidade da lei penal deve ser procedida também com observância ao princípio da anterioridade, o qual define que a norma penal incriminadora somente pode reger determinado fato se, e somente se, tenha sido criada antes da prática da conduta delitativa que busca coibir.

Como registra o aludido doutrinador, a aplicação concomitante do princípio da anterioridade com o da legalidade é de suma importância em razão de que “criar uma lei, após o cometimento do fato, seria totalmente inútil para a

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, p. 428.

¹⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37-38.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10-11.

¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. v. I Rio de Janeiro: Impetus. p. 99.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.58.

segurança que a norma penal deve representar a todos os seus destinatários”¹⁴. É que o indivíduo somente estará protegido de eventuais abusos do poder estatal na medida em que tiver a certeza de que “as leis penais são aplicáveis para o futuro, a partir de sua criação, não retroagindo para abranger condutas já realizadas”¹⁵.

Nesse contexto, segundo Damásio¹⁶, para que uma conduta seja punida é necessário que sua prática tenha ocorrido no interregno temporal compreendido entre a data da vigência da lei que reputou o ato como ilícito e sua revogação. Ilação que, de acordo com Mirabete e Fabbrini¹⁷, se faz do brocardo jurídico *tempus regit actum*, haja vista que a lei, a princípio, alcança os fatos praticados após a sua entrada em vigor. Portanto, não pode reger situações ocorridas em momento anterior à sua vigência e tampouco em período posterior à sua revogação.

Há de ser mencionado que, consoante preleciona Bitencourt¹⁸, quando presente um conflito de leis penais no tempo, a regra geral a ser aplicada para dirimir a questão é a da irretroatividade da lei penal, instituto sem o qual “não haveria nem segurança nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei”.

De acordo com as lições de Greco¹⁹, a Constituição Federal traz como regra geral a impossibilidade de a lei penal alcançar fatos pretéritos para prejudicar o réu. É o que se denomina irretroatividade *in pejus*. Contudo, conforme afirma o referido autor, o art. 5º, inciso XL, da Carta Magna, traz como exceção a retroatividade *in melius*, a qual consiste na possibilidade de o agente ser beneficiado por um regramento legal cuja entrada em vigor é posterior à conduta delituosa que praticou²⁰.

Acerca da importância do princípio da irretroatividade, Bitencourt²¹ menciona que:

O fundamento dessa proibição, sustenta Jescheck, é a idéia de *segurança jurídica*, que se consubstancia num dos princípios reitores do Estado de Direito, segundo o qual as normas que regulam as infrações penais não po-

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58.

¹⁶ JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte geral**. v. I. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 72.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 40.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161.

¹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. v. I Rio de Janeiro: Impetus. p. 113.

²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. v. I Rio de Janeiro: Impetus. p. 113.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161-162.

dem modificar-se após as suas execuções em prejuízo do cidadão. No entanto, mais importante que esse fundamento 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 e, muitas vezes, analisada posteriormente, mostra-se excessivamente grave. A tudo isso acrescenta Jescheck que se deve considerar, ademais, “a idéia de que o delinquente somente pode *motivar-se* pelo comando normativo quando este existir no momento da prática delitiva”.

Inobstante o princípio da irretroatividade da lei penal, segundo Mirabete e Fabbrini²², é possível que um regramento legal seja aplicado fora do lapso de sua vigência em razão de institutos denominados de retroatividade e ultra-atividade da lei. É o que se denomina de extra-atividade da lei penal²³.

Desta forma, uma lei anterior é ultra-ativa quando, mesmo após ter sido revogada, continua a reger fatos ocorridos durante a sua vigência em razão de ser mais benéfica ao agente²⁴. Por outro lado, tendo em vista a regra inserta no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, a retroatividade ocorre quando a lei produz efeitos sobre fatos ocorridos em momento anterior à sua vigência²⁵.

Acerca do assunto Nucci²⁶ disserta que:

É natural que, havendo anterioridade obrigatória para a lei penal incriminadora, não se pode admitir a retroatividade de leis, especificamente as prejudiciais ao acusado. Logo, quando novas leis entram em vigor, devem envolver somente fatos concretizados sob a sua égide.

Abre-se exceção à irretroatividade quando se trata de lei penal benéfica. Esta pode voltar no tempo para favorecer o agente, ainda que o fato tenha sido decidido por sentença condenatória, com trânsito em julgado (art. 5º, XL, CF; art. 2º, parágrafo único, CP).

Como conclusão lógica, Greco²⁷ afirma que a ultra-atividade e a retroatividade da lei penal, além de pressuporem a sucessão de leis penais no tempo, somente serão aplicadas para beneficiar aquele que praticou o ato reputado como ilícito.

²² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 40.

²³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. v. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 115.

²⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. v. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2006 p. 115.

²⁵ MARINHO, Alexandre Araripe; Freitas, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 28.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58.

²⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. v. I. Rio de Janeiro: Impetus. p. 116.

Exemplificando os casos práticos em que se verifica a aplicabilidade dos efeitos retroativo e ultrativo, Bitencourt²⁸ cita as hipóteses “de reconhecimento de causas extintivas da punibilidade, tipificação de novas condutas, cominação de penas, alteração de regimes de cumprimento de penas”.

É pertinente destacar os ensinamentos de Bitencourt²⁹ sobre a identificação da norma que é a mais benéfica ao agente:

Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as conseqüências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada a lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da *retroatividade* e da própria *ultratividade* penal. Nesse sentido Edilson Bonfim e Fernando Capez acrescentam, com acerto: ‘Do mesmo modo, qualquer regra que diminua ou torne a pena mais branda ou a comute em outra de menor severidade também será mais benéfica’.

Por outro lado, toda lei penal, que, de alguma forma, *represente um gravame aos direitos de liberdade*, que agrave as conseqüências penais diretas do crime, criminaliza condutas, restrinja a liberdade, provisoriamente ou não, caracteriza *lei penal mais grave* e, conseqüentemente, não pode retroagir.

Há, no entanto, situações difíceis de serem selecionadas. De acordo com a lição de Asúa, são inúteis regras casuísticas e abstratas sobre a lei mais benigna, pois o problema tem de se decidir em cada caso concreto, comparando-se em cada fato real o resultado da aplicação das várias leis. Somente o exame acurado de cada caso concreto poderá nos dar a solução, pois uma disposição aparentemente mais favorável ao agente pode ser, na realidade, mais severa.

Quando, por fim, restar dúvida insuperável sobre qual das normas aplicáveis é a mais benéfica, sustentamos que a melhor solução será ouvir o próprio interessado, isto é, aquele que sofrerá as conseqüências da lei penal, devidamente assistido por seu defensor. No direito comparado, encontramos solução semelhante no Código Penal espanhol (art. 2º, da Ley Orgânica 10/95).

Sendo assim, como bem dissertam Mirabete e Fabbrini³⁰, existindo conflito de leis penais em virtude do novo regramento após a prática de fato reputado como criminoso, deverá incidir no caso concreto a norma mais benéfica. O que implica em concluir que “a lei penal mais benigna tem *extratividade* (é retroativa e ultrativa) e, a *contrario sensu*, a lei mais severa não tem *extratividade* (não é retroativa ou ultrativa)”.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 162.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 163.

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 41.

2.2 HIPÓTESES DE CONFLITOS DECORRENTES DA SUCESSÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO

Marinho³¹ elenca as seguintes situações em que a lei penal pode entrar em conflito com o diploma legal anterior:

- a) *abolitio criminis*;
- b) *novatio legis* incriminadora;
- c) *novatio legis in pejus*; e
- d) *novatio legis in melius*.

Sobre o conflito das leis penais no tempo, Dotti³² preleciona que:

O conflito na sucessão das leis penais envolve consequências práticas da maior importância para a sociedade e o responsável pelo fato punível. É da solução desse confronto entre as duas leis – a *lei velha* e a *lei nova* – que se devem resguardar os princípios e regras do Direito e da Justiça. Existem princípios básicos para resolver o conflito e não poderiam eles radicar exclusivamente no poder discricionário dos juízes e tribunais, provocando, com a natural flutuação da jurisprudência, áreas de insegurança individual e coletiva. Daí por que o conflito deve ser resolvido pelos princípios da *retroatividade* da lei mais benéfica e *irretroatividade* da lei mais grave.

Como destaca Jesus³³, a solução do embate de duas leis é alcançada mediante análise conjugada dos preceitos constitucionais e dispositivos do Código Penal, o que se fará a seguir.

2.2.1 *Abolitio criminis*

Bitencourt³⁴ leciona que ocorre *abolitio criminis* quando a nova lei não considera como crime fato que anteriormente era tipificado como ilícito penal. O instituto está previsto no art. 2º, *caput*, do Código Penal, nos seguintes termos: “Ninguém

³¹ MARINHO, Alexandre Araripe; Freitas, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 68-69.

³² DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 264-265.

³³ JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte geral**. v. I. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 75.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 164.

pode ser punido por fato que lei posterior deixar de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”³⁵.

Conforme Mirabete e Fabbrini³⁶, o dispositivo legal mencionado diz respeito à aplicação da retroatividade da lei penal mais benéfica, pois determina que um novo regramento deve retroagir para disciplinar um fato ocorrido em momento anterior à sua vigência. À vista disso, evidencia-se que a nova lei exterioriza o desinteresse de o Estado em punir o acusado por ter praticado um ato que não é mais considerado crime.

Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO CONTRA O SISTEMA NACIONAL DE ARMAS. POSSE ILEGAL. VACATIO LEGIS. ABOLITIO CRIMINIS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. A denúncia imputou ao réu a conduta de posse de arma de fogo. O fato ocorreu em 05/01/2007 e evidentemente não constitui crime. A Lei nº 11.922/09, em seu artigo 20, ampliou o prazo para registro de armas de fogo para o dia 31 de dezembro de 2009. Essa alteração do prazo para regularizar a situação das armas de fogo de uso permitido ou de uso restrito sem registro ocasiona a atipicidade da conduta de posse de arma de fogo até a data de 31/12/2009. Segundo o art. 5º, XL, da Constituição Federal, "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". A nova Lei nº 11.922/2009, ao menos no que tange ao prazo para regularização de armas, que a doutrina chama de abolitio criminis temporária ou de vacatio legis indireta ou até mesmo de anistia, deve retroagir, uma vez que é mais benéfica para o réu-apelado. A lei penal mais benéfica possui extra-atividade, que se constitui dos princípios da retroatividade e da ultra-atividade. Essas duas qualidades são inerentes à *lex mitior*. Suspensa a incriminação, a Lei nº 11.922/2009 deve retroagir, alcançando as condutas equivalentes praticadas sob a égide da lei anterior. Situação dos autos em que a lei mais benéfica, *novatio legis*, tem que retroagir, com base no art. 2º do Código Penal e no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, tratando-se de abolitio criminis provocada pelo denominado "vácuo" repressivo, evitando-se, assim, o tratamento distinto a fatos idênticos. Precedente do E. STJ e da Câmara. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME³⁷.

Sendo assim, de acordo com Greco³⁸, ao descriminalizar uma conduta até então considerada ilícita, o Estado “abre mão de seu *ius puniendi* e, por conseguinte, declara a extinção da punibilidade (art. 107, III, Código Penal) de todos os fatos ocorridos anteriormente à edição da lei nova”.

³⁵ BRASIL. **Código Penal, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em: 30 abril de 2010.

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 42.

³⁷ RIO GRANDE DO SUL. RE n. 70031642861. Relator: José Antônio Hirt Preiss. Julgamento: 17-3-09. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 25 maio. De 2010.

³⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. v. I. Rio de Janeiro: Impetus. p. 118.

Jesus³⁹ elenca as seguintes consequências práticas advindas da *abolitio criminis*:

- a) não há possibilidade de o processo ser iniciado;
- b) caso esteja em andamento, o processo será “trancado” e, ainda, deverá ser declarada a extinção da punibilidade do réu;
- c) na hipótese de já existir sentença condenatória com trânsito em julgado, a pena não poderá ser executada, de modo que haverá a declaração de extinção de punibilidade no Juízo da execução; e
- d) se o réu estiver cumprindo a penalidade que lhe foi imposta após os tramites legais, a extinção da punibilidade deverá ser decretada e, via de consequência, ele deverá ser solto.

Além disso, é necessário enfatizar que, ao retirar o caráter criminoso de uma conduta, a *novatio legis* tem o condão de afastar tão somente os efeitos penais que dela decorrem. Assim sendo, remanescem “todas as consequências não penais (civil, administrativa) do fato, como a obrigação civil de reparar o dano, que independe do direito penal”⁴⁰

Sobre o tema Greco⁴¹ leciona que:

Extrai-se do *caput* do art. 2º do Código Penal que, havendo a descriminalização e uma vez cessados os efeitos penais da sentença condenatória, deverá ser providenciada a retirada do nome do agente do rol dos culpados, não podendo a sua condenação ser considerada para fins de reincidência ou mesmo antecedentes penais. Os efeitos civis, ao contrário, não serão atingidos pela *abolitio criminis*.

Sabe-se que com a sentença penal condenatória transitada em julgado forma-se, para a vítima penal, um título executivo de natureza judicial, nos termos do art. 584, inciso II, do Código Processo Civil. Se houver o trânsito em julgado da condenação penal do agente, a vítima não necessita ingressar em juízo com uma ação de conhecimento, visando à reparação dos prejuízos por ela experimentados. Não precisará discutir o chamado *an debeatur* (se deve?), mas, agora, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, somente procurará apurar o *quantum debeatur* (quanto se deve?). Este título executivo judicial que é dado à vítima, sendo um efeito civil da sentença penal condenatória, será mantido mesmo que ocorra a *abolitio criminis*.

É oportuno registrar que inexistente *abolitio criminis* no caso de o ato ilícito praticado pelo agente e considerado crime na lei revogada ainda se enquadrar em

³⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. v. I 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 78.

⁴⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. p. 114.

⁴¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 119.

outro tipo penal que esteja em vigor e atribua à conduta sanção respectiva⁴². Logo, conforme sustentam Mirabete e Fabbrini⁴³, ainda que a denúncia ou a queixa já tenham sido oferecidas, a peça respectiva pode “ser aditada antes da sentença final para correção ou suprimimento, com o fim de definir sua nova tipicidade”. E, claro, há ainda a possibilidade de o magistrado atribuir ao fato imputação legal diferente daquela anteriormente apresentada, invocando a *emendatio libeli*.

2.2.2 *Novatio legis* incriminadora

A *notatio legis* incriminadora, segundo as lições de Bitencourt⁴⁴, em sentido diametralmente oposto à *abolitio criminis*, criminaliza uma conduta que anteriormente não era considerada ilícito penal.

Conforme leciona Dotti⁴⁵, o princípio da anterioridade da lei penal é óbice intransponível para ocorrer a retroatividade da *lex gravior*. Logo, a lei nova mais grave ao agente não pode retroagir para reger fato que não era considerado criminalmente punível.

Ora, não há que se suscitar responsabilidade penal quando a conduta não era reputada como criminosa no momento de sua prática. E isso porque “a consciência da ilicitude da ação ou da omissão é um dos elementos da culpabilidade”⁴⁶.

Complementando o raciocínio acima esposado acerca da nova lei que criminaliza fatos anteriormente impuníveis, Capez⁴⁷ afirma que:

É a lei posterior que cria um tipo incriminador, tornando típica conduta considerada irrelevante penal pela lei anterior. Na precisa observação de Francisco de Assis Toledo, “A lei penal mais grave não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria uma figura penal até então inexistente, seja quando se limita a agravar as consequências

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 42.

⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 42.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 165.

⁴⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 265.

⁴⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 265.

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 56.

jurídico-penais do fato, isto é, a pena ou a medida de segurança. Há, pois, uma proibição da retroatividade das normas mais severas de direito penal material”. Aliás, para se saber se uma norma é ou não de direito material, ensina que essa questão “deve ser decidida menos em função da lei que a contenha do que em razão da natureza e essência da própria norma, pois o Código de Processo Penal e a Lei de Execução contêm normas de direito material, assim como o Código Penal contém normas de direito processual.

No caso de execução criminal, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu ser inaplicável a *novatio legis* incriminadora aos fatos ocorridos antes de sua vigência, invocando o princípio da irretroatividade da lei penal mais grave. Confira-se:

RECURSO DE AGRAVO – EXECUÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO (LEI N. 8.072/90) – DELITO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA ANTIGA REDAÇÃO DO ART. 2º, II – PROGRESSÃO DE REGIME – CRITÉRIO OBJETIVO – ANÁLISE SOB A ÓTICA DA REGRA GERAL – ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – PRETENSÃO APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA POSTERIOR (LEI N. 11.464/2007) – IMPOSSIBILIDADE – IRRETROATIVIDADE DA LEX GRAVIOR – DECISÃO MANTIDA.

É entendimento uníssono nesta corte de justiça que, em se tratando de pleito referente à progressão de regime prisional aos condenados por delito de tráfico de drogas praticados sob a égide da antiga redação conferida ao art. 2º, II da Lei n. 8.072/90, posteriormente considerada inconstitucional pelo STF, a análise dos critérios objetivos necessários para o deferimento da mencionada benesse deve ser realizada por meio dos parâmetros preconizados pelo art. 112 da LEP.

Referida assertiva deve-se ao fato de que a Lei n. 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, admitiu a progressão de regime aos condenados no caso de cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, ou 3/5 (três quintos) se reincidente, enquanto a LEP prevê a viabilidade de concessão da benesse apenas quando verificado o cumprimento de 1/6 (um sexto) da reprimenda. E, como é cediço, vigora no processo penal o princípio da irretroatividade da lei, possibilitando, tão-somente, a aplicação da *novatio legis* aos crimes cometidos após a sua entrada em vigor, ressalvados os casos em que a retroatividade implique em situação mais favorável ao réu (CF/88, art. 5, XL; CP, art. 2º, parágrafo único), o que não ocorreu no presente caso⁴⁸.

(Recurso de Agravo n. 2008.038688-7, Rel. Des. Salette Silva Sommariva, j. 9-9-08).

Por conseguinte, é perfeitamente compreensível a aplicação do princípio da irretroatividade frente à ocorrência de *novatio legis* incriminadora. É que, a ausência de mandamento proibitivo emanado do Estado no sentido de censurar criminalmente determinada conduta implica na ilação de que sua prática até então não é considerada ilícito penal, de modo que não há que se falar em atribuir a penalidade em decorrência de posterior regramento legal⁴⁹.

⁴⁸ SANTA CATARINA. RE 2008.038688-7. Relatora: Des. Salette Silva Sommariva. Julgamento: 9-9-08. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 9 de set. 2008.

⁴⁹ JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 81.

Como se vê e consoante destaca Queiroz⁵⁰, a amplitude de aplicação da *novatio legis* incriminadora tem como marco inicial a sua entrada em vigor, não podendo, em vista disso, reger situações que anteriormente à sua vigência eram indiferentes ao âmbito penal.

2.2.3 *Novatio legis in pejus*

A terceira possibilidade de conflitos decorrentes da sucessão de leis refere-se à nova lei mais severa. Neste caso, vige o princípio da irretroatividade da lei penal, previsto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal⁵¹.

Sendo assim, como ensina Bitencourt⁵², uma vez constatado no caso concreto a existência de embate entre a lei anterior mais benéfica ao agente – designada *lex mitior* – e a posterior mais severa – denominada *lex gravior* – deve ser aplicado indiscutivelmente aquela que irá favorecer o réu. Logo, tendo em vista o seu caráter mais benéfico, a lei anterior será ultra-ativa, enquanto a norma posterior será irretroativa, haja vista a sua severidade.

Sobre o tema o Tribunal de Justiça de Santa Catarina pronunciou-se no seguinte sentido:

RECURSO DE AGRAVO – EXECUÇÃO PENAL - PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO – IRRETROATIVIDADE DOS NOVOS PRAZOS DE CUMPRIMENTO DE PENA INTRODUZIDOS PELA LEI N. 11.464/2007 – INCIDÊNCIA DO PRAZO DO ART. 112 DA LEP AOS CASOS ANTERIORES – INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO IMPROVIDO
Restando evidente que a instituição dos novos requisitos objetivos para a concessão do benefício da progressão de regime, agravou a situação do apenado (*novatio legis in pejus*), manifesto a não aplicação aos casos ocorridos antes da vigência da nova lei, conforme prevê o art. 5º, XL da Constituição Federal e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal⁵³.

⁵⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 111.

⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 43.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 165.

⁵³ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. RA 2007.041782-8. Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas. Julgamento: 3-10-07. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 25 maio. de 2010.

Como exemplos têm-se as leis posteriores que: a) prevêm pena mais grave em qualidade – em vez de detenção, passa-se a aplicar a reclusão – ou em quantidade, quando a pena é majorada; b) inovam ao acrescentar circunstâncias qualificadoras ou agravantes; e c) afastam atenuantes ou causas de extinção da punibilidade⁵⁴.

2.2.4 Novatio legis in melius.

Há, ainda, a possibilidade de a lei nova, editada em momento posterior à conduta praticada, mantendo o caráter ilícito do fato, atribuir ao delinquente tratamento mais favorável⁵⁵. É o que retrata a regra inserta no parágrafo único do art. 2º, do Código Penal, *in verbis*⁵⁶:

Art. 2. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixar de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único: A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Conforme assinalam Mirabete e Fabbrini⁵⁷, o parágrafo único do art. 2º, do Código Penal, tem como tema as disposições da lei nova que, “ainda incriminando o fato, cominam penas menos rigorosas, em qualidade ou quantidade, ou favorecem o agente de outra forma, acrescentando circunstância atenuante não prevista, eliminando agravante anteriormente prevista, prevendo a suspensão condicional com maior amplitude [...]”.

A propósito, é o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca da retroatividade da lei penal mais benéfica:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (LEI N. 6.368/76, ART. 16) – DENÚNCIA REJEITADA – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 11.343/2006 – AU-

⁵⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 43.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 165.

⁵⁶ BRASIL. **Código Penal, 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em 30 abr. de 2010.

⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 43.

SÊNCIA DE PREVISÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PARA O TIPO EM ANÁLISE (ART. 28) – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – APLICAÇÃO IMEDIATA – PRESCRIÇÃO (LEI N. 11.343/2006, ART. 30) – TRANSCURSO ENTRE A DATA DO FATO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RECONHECIDA EX OFFICIO (CPP, ART. 61).

I – Perfilhando entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça: "Se, após a condenação do paciente em primeiro grau, por posse de substância entorpecente para uso próprio, sobreveio lei menos grave, no caso, a Lei 11.343/2006, que, em seu art. 28, afastou a aplicação de penas privativas de liberdade para tal hipótese, era dever do Tribunal, ao apreciar o recurso de Apelação da defesa, examiná-lo à luz da novel legislação, em homenagem ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, previsto no art. 5º, XL da CF/88 e no art. 2º do CPB. Precedentes do STJ" (HC 88530/MS nº 2007/0185461-0, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 28-11-2007).

II – À míngua de ocorrência de qualquer outro ato processual interruptivo do prazo prescricional, torna-se imperativo o reconhecimento ex officio do instituto, quando entre a data do fato e o recebimento da denúncia transcorrer lapso superior ao prazo prescricional correspondente, que, no caso em exame, restou calculado com base no art. 30 da Lei n. 11.343/2006⁵⁸.

Dessarte, segundo Greco⁵⁹, a *novatio legis in melius* sempre irá retroagir para ser aplicada sobre ilícitos penais praticados em momento anterior à sua vigência. E tal hipótese persiste "ainda que tenham sido decididos por sentença condenatória já transitada em julgado".

Cumprir registrar que é na hipótese ora sob enfoque que se enquadra o objeto de estudo do presente trabalho. Como se verá adiante, a Lei 11.343/06 manteve a incriminação do tráfico de drogas e concedeu ao réu tratamento penal mais favorável, pois prevê a possibilidade de ser reduzida a pena a ser infligida ao réu que satisfaça os requisitos elencados no § 4º do art. 33 do mencionado Diploma Legal.

⁵⁸ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. RC 2006.031311-8. Relatora. Desa. Salete Silva Sommariva. Julgamento: 20-3-09. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 25 maio. de 2010.

⁵⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 116.

2.3 A ULTRA-ATIVIDADE DAS LEIS INTERMITENTES

Nucci⁶⁰ disserta que, de modo geral, as leis são elaboradas para “durar indefinidamente, até que outras, mais modernas, revoguem-nas ou substituam-nas”. Todavia, as leis designadas como intermitentes, quais sejam, temporárias e excepcionais, são criadas para vigorar por um período breve e determinado⁶¹.

Conforme as lições de Prado⁶², a lei excepcional é destinada a reger situações “de anormalidade social ou de emergência (v. g., estado de sítio, calamidade pública, grave crise econômica). Logo, não há prazo para sua vigência, tendo eficácia enquanto perdurar o fato que a motivou”.

Por outro lado, a lei temporária, segundo dissertam Zaffaroni e Pierangeli⁶³, é a aquela que “possui, em seu próprio texto, o tempo de sua vigência e que o perde com o seu transcurso”.

Prado⁶⁴ leciona que, conforme dispõe o art. 3º do Código Penal, tanto a lei excepcional quanto a temporária são aplicadas a fato ocorrido durante sua vigência. Tal aplicação subsiste ainda que escoado o prazo de sua duração ou cessada as circunstâncias que ensejaram a sua elaboração.

É oportuno destacar as lições de Bitencourt⁶⁵ acerca da ultra-atividade dos regramentos legais ora sob enfoque:

As leis temporárias e excepcionais, nos termos do art. 3º do CP, têm ultra-atividade. Frederico Marques, analisando o conteúdo e a estrutura dessas leis, afirmava que: “por ter sido elaborada em função de acontecimentos anormais, ou em razão de uma eficácia previamente limitada no tempo, não se pode esquecer que a própria tipicidade dos fatos cometidos sob seu império inclui fator temporal como pressuposto da ilicitude punível ou da agravação da sanção”. Em outros termos, a circunstância de o fato ter sido praticado durante o prazo fixado pelo legislador (temporária) ou durante a situação de emergência (excepcional) constitui elemento temporal do próprio fato típico.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 88.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 88.

⁶² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 192.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 200.

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 192.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168-169.

Jescheck classifica como *uma exceção ao princípio da retroatividade da lei mais favorável* quando a lei anterior é uma *lei temporal*, pois “Uma lei deste tipo aplicável aos fatos puníveis praticados sob sua vigência, embora deixe de vigor (§ 2º, IV), pois a derrogação de uma lei temporal vem condicionada somente pelo desaparecimento do motivo que a originou e não por uma mudança na concepção jurídica. Caso contrário, a lei temporal perderia autoridade na medida em que fosse aproximando-se o termo final de sua vigência”

E, segundo ensina Teles⁶⁶, o entendimento acima delineado não poderia ser diverso, pois, se tais leis fossem aplicadas tão somente durante o tempo em que estivessem em vigor, seria possível que seus destinatários não evitassem “a prática dos fatos por elas coibidos, na certeza de que, mais cedo ou mais tarde, a lei não mais vigoraria, e, nesse tempo, nenhum processo chegaria ao seu termo”, razão pela qual inexistiria motivo para agir conforme seus preceitos.

2.4 A LEI PENAL EM BRANCO E A RETROATIVIDADE

Segundo as lições de Mirabete e Fabbrini⁶⁷, a maioria das leis penais “possuem preceito e sanções integrais de modo que sejam aplicadas sem a complementação de outras”. No entanto, existem algumas normas com preceitos indeterminados ou genéricos que devem ser preenchidos ou completados.

Bitencourt⁶⁸ define as normas penais em branco como aquelas que têm “conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal”.

De acordo com Marinho e Freitas⁶⁹, tendo em vista o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, a revogação da norma que complementa a lei penal em branco não importa necessariamente na revogação da incriminação do fato. E isso decorre da circunstância de que a ocorrência da *abolitio criminis* depende da natureza do regramento legal que foi revogado ou alterado.

⁶⁶ TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral**. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2004. p. 108.

⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 170.

⁶⁹ MARINHO, Alexandre Araripe; Freitas, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 75.

Ora, como destaca Nucci⁷⁰, conforme dispõe o art. 3º do Código Penal, o complemento da norma em branco terá efeito ultra-ativo se tiver natureza intermitente, ou seja, for elaborado para durar por tempo previamente estabelecido.

Sob outro viés, segundo Marinho e Freitas, na hipótese de a regra complementar não ter caráter temporário ou excepcional deve ser aplicado o art. 2º do Código Penal, caso em que ocorrerá a *abolitio criminis*⁷¹.

2.5 TEMPO DO CRIME

Tendo em vista a sucessão das leis penais no tempo, é necessário ser estabelecido o momento em que se considera o crime praticado, a fim de ser aplicada corretamente a norma penal incidente ao caso concreto⁷².

Nesse sentido, são as lições de Dotti⁷³:

O tempo do crime é um dado fundamental para a análise de múltiplos aspectos penais e processuais penais. É através dele que se define a lei aplicável quando entre a conduta e o resultado surge uma lei nova; é ele que vai definir a capacidade de culpa se, ao tempo da ação ou omissão, o agente, portador de doença mental, tinha capacidade de entendimento e de autogoverno ou se era menor de 18 anos, hipóteses que excluem a imputabilidade penal (CP, arts. 26 e 27). Também é o tempo do crime que visa demarcar o início da contagem do prazo para vários efeitos jurídicos (CP, art. 10).

Greco⁷⁴ registra as seguintes teorias que têm como escopo definir o tempo do crime:

- a) teoria da atividade ou da ação;
- b) teoria do resultado; e
- c) teoria mista ou da ubiquidade.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 90.

⁷¹ MARINHO, Alexandre Araripe; Freitas, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 76.

⁷² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 55.

⁷³ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 264.

⁷⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 114.

Nucci⁷⁵ afirma que a teoria da atividade considera “praticada a infração penal ao tempo do desenvolvimento da ação ou omissão, pouco importando quando se deu o resultado”.

Por outro lado, conforme leciona Jesus⁷⁶, a teoria do resultado, também conhecida como teoria do evento ou do efeito, considera como *tempus delicti* o momento em que foi produzido o resultado da conduta delitativa. Para exemplificar essa teoria, o autor menciona que no homicídio considera-se o tempo do crime a morte da vítima, e não os atos executórios praticados pelo agente.

Por sua vez, a teoria mista ou da ubiquidade sustenta que o tempo do crime será aquele em que ocorre a ação ou omissão do agente, bem como o do momento do resultado⁷⁷.

De acordo com Prado⁷⁸, a teoria da atividade foi adotada pelo Código Penal. É o que se verifica no seu art. 4º, *in verbis*: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

Sobre a teoria da ação seguem as lições de Greco⁷⁹:

O momento da conduta, comissiva ou omissiva, será, portanto, o nosso marco inicial para todo o tipo de raciocínio que se queira fazer em sede de extra-atividade da lei penal, bem como nas situações onde não houver sucessão de leis no tempo. A escolha de tal teoria determina, por exemplo, a aplicação ou não da lei penal em certas situações, ou na opção da lei mais benigna dentre aquelas que se sucederam no tempo. Suponhamos que uma pessoa tenha dirigido finalisticamente sua conduta a causar a morte de alguém, atirando em direção a vítima, vindo atingi-la numa região letal. No momento da conduta, o agente contava com apenas 17 anos e 11 meses de idade, sendo que a morte da vítima ocorrera três meses depois, quando ele já havia atingido a maioridade penal. No caso em tela, ficará afastada a aplicação da lei penal, uma vez que ao tempo do crime o agente era tido como inimputável. Pode acontecer ainda que, ocorrendo a sucessão de leis no tempo, seja preciso confrontar a lei no momento da ação ou da omissão com aquela que a sucedeu, a fim de ser apurada e aplicada aquela que melhor atenda aos interesses do agente, ou seja, a chamada *lex mitior* ou *novatio legis in melius*.

Em síntese, adotada teoria da atividade, o momento da ação ou da omissão será o nosso marco inicial para o raciocínio sobre a aplicação da lei penal.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 99.

⁷⁶ JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

⁷⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 114.

⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 193.

⁷⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 114-115.

Como ensina Jesus⁸⁰, “a lei penal atua sobre a vontade de seus destinatários” e é no momento da prática delituosa que o agente exterioriza sua vontade, já que pratica conduta com inobservância à norma que a considera ilícito penal.

2.6 CONJUGAÇÃO DE LEIS

De acordo com Greco⁸¹, fala-se em combinação de leis quando, em observância aos princípios da ultra-atividade e da retroatividade *in mellius*, é conferido ao julgador a possibilidade de extrair de duas normas penais os dispositivos que favoreçam ao agente. Desse modo, são desprezadas as previsões legais prejudiciais ao réu.

A par disso, Bitencourt⁸² questiona se “na busca da lei mais favorável, é possível *conjugiar os aspectos favoráveis* da lei anterior com os aspectos favoráveis da lei posterior?”.

Para Nucci⁸³, não deve ser autorizada a conjugação de leis penais, porquanto, segundo leciona, tal proceder implica colocar em risco a própria legalidade, visto que, ao realizar a integração de leis, o julgador estaria criando norma até então inexistente. E complementa:

Ora, a referida integração não passa do processo criador de uma outra lei, diferente das que lhe serviam 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 *re-cortar* 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 as condições anteriormente fixadas.

⁸⁰ JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 103.

⁸¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 116.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 176.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 95.

Adotando-se a impossibilidade de combinar leis, cremos ser da competência do juiz a escolha de qual norma é a mais favorável, pois cabe ao Estado e não ao particular aplicar a lei ao caso concreto. Se o réu não concordar, pode recorrer da decisão. Deve-se ressaltar que o direito em jogo é indisponível, de modo que não cabe ao indivíduo optar por algo que considere, em seu ponto de vista, mais favorável.

Nesse contexto, de acordo com Mirabete e Fabbrini, a apuração da lei penal mais benéfica deve ser procedida mediante a análise das circunstâncias que envolvem a conduta ilícita praticada. Segundo os doutrinadores aludidos, diante de duas leis em confronto, o intérprete deve primeiro aplicá-las hipoteticamente ao caso concreto para poder avaliar qual delas de fato é a mais favorável ao réu⁸⁴.

Por outro lado, Toledo⁸⁵ defende que, frente à matéria de direito transitório, não se pode definir dogmas rigorosos como a impossibilidade de combinação de leis. A esse respeito, aliás, segundo Greco⁸⁶, a conjugação de normas penais, ao contrário de criar um novo regramento, atende os princípios constitucionais da ultra-atividade e retroatividade mais benéficas.

Marques⁸⁷ sustenta que, para garantir tratamento mais favorável ao réu, é permitido selecionar parte de uma e de outra lei para aplicar ao caso concreto, a fim de que os preceitos constitucionais sejam atendidos. É oportuno destacar seus fundamentos:

Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça a mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o “todo”, para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepair 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 ecle-

⁸⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 50.

⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 38.

⁸⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 116.

⁸⁷ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. I. Campinas: Bookseller, 1997. p. 256-257.

tismo, a parcela benéfica da lei posterior não for aplicada pelo juiz; e este tem por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama os direitos do homem.

Acerca do assunto, Jesus⁸⁸ conclui que, ao integrar normas, o juiz não está criando uma terceira lei, mas tão somente observando o mandamento constitucional da aplicação da *lex mitior*.

Dessarte, diante dos entendimentos apresentados, o presente trabalho adota a tese de que, frente ao conflito de leis penais no tempo, o julgador deverá eleger qual o regramento é mais benéfico e aplicá-lo integralmente ao réu. Desse modo, não deve ser procedida a combinação de leis, sob pena de o julgador usurpar a função do legislador e criar novo preceito normativo. É com este enfoque que será examinada a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/76 aos crimes praticados durante a vigência da Lei 6.368/76.

⁸⁸ JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 93

3 A SANÇÃO PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL SOBRE DROGAS

O presente capítulo tem como tema os principais aspectos que circundam a pena no direito criminal. A partir desse enfoque, será delineado o tratamento penal dispensado aos crimes relacionados às drogas, mormente no que diz respeito ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Para tanto, far-se-à uma explanação acerca da predominância do propósito repressivo instituído pela Lei 6.368/76 e, em contrapartida, o intento repressivo e preventivo da Lei 11.343/06.

Em última análise, objetiva-se analisar a relação existente entre o aumento da cominação do crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 com a causa especial de diminuição de pena prevista em seu respectivo § 4º.

3.1 A ORIGEM DA PENA

Desde o momento em que o homem passou a viver em sociedade, foi adotada a sistemática de resposta punitiva aos casos de transgressões às normas sociais⁸⁹. A sanção, freqüentemente utilizada nas civilizações antigas, era a pena de morte, haja vista a preponderância da ideia de pena-castigo⁹⁰.

De acordo com Mirabete⁹¹, na Grécia Antiga e no Império Romano “predominavam a pena capital e as terríveis sanções do desterro, açoites, castigos corporais, mutilações e outros suplícios”. Na época já estava sendo difundida a ideia de que “se deveria atribuir à pena finalidades superiores, como a defesa do Estado, a prevenção geral e a correção do delinqüente”; no entanto, durante um longo período de tempo, a repressão à prática de crimes ocorreu mediante o emprego de “pena de morte, executada pelas formas mais cruéis, e de outras sanções cruéis e infamantes”.

⁸⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 527.

⁹⁰ JORGE, William Wanderley. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 383.

⁹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 244.

Greco⁹² acrescenta que:

Verifica-se que desde a Antiguidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo qual por ele praticado. O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio das idéias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, começou-se a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, sob a falsa bandeira da legalidade.

Atualmente, ao menos nos países ocidentais, é crescente a preocupação com a integridade do homem, o que se constata a partir da existência de inúmeros pactos ajustados entre as nações que, tendo como enfoque a preservação da dignidade da pessoa humana, objetivam extirpar dos sistemas jurídicos tratamentos degradantes e cruéis. É o caso da constituição da ONU em 1945, bem como da Declaração Universal dos Direitos do Homem, cuja aprovação pela Assembléia Geral das Nações Unidas ocorreu em 10 de dezembro de 1948⁹³.

3.2 CONCEITO E FINALIDADE DA PENA

Segundo leciona Prado⁹⁴, a pena é a principal consequência jurídica advinda da prática delituosa. Trata-se de uma sanção que consiste “na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”.

Nucci⁹⁵ complementa que, com observância ao devido processo legal, o Estado, ao aplicar a pena, tem como objetivo repreender o crime perpetrado e prevenir a prática de novos delitos por intermédio da reeducação do delinquente, da reafirmação dos valores resguardados pelo Direito Penal, bem como da intimidação da sociedade para que o crime não seja mais praticado.

⁹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 522.

⁹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 523.

⁹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 524.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 341.

Pode-se dizer, portanto, que a pena não tem como objetivo reparar o dano causado pelo crime praticado e tampouco reconstituir o *status quo* da vítima. E isso porque a sanção penal se mostra como meio pelo qual o Estado reafirma sua autoridade ao demonstrar ao criminoso e, é claro, à sociedade como um todo, que não serão tolerados atos que ameacem ou violem os valores sociais⁹⁶.

Diante disso, tendo em vista que é por meio da resposta punitiva que o Estado previne e reprime a prática de condutas delituosas, a pena tem como objetivo a defesa da sociedade, visando à manutenção da vida em comum⁹⁷.

3.2.1 Teorias sobre a finalidade da pena e a corrente adotada pelo Código Penal

Considerando as inúmeras teorias que buscam esclarecer a finalidade da pena e seus fundamentos, Prado⁹⁸ as reuniu em três categorias, quais sejam:

- a) teorias absolutas ou de retribuição;
- b) teorias relativas; e
- c) teorias unitárias ou ecléticas.

As teorias absolutas, igualmente conhecidas como retributivas, têm como objeto de análise tão somente a punição do agente que cometeu o crime, sem se preocupar, todavia, com a sua recuperação⁹⁹. Sendo assim, conforme a teoria ora sob enfoque, “a pena encontra em si mesma a sua justificação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores”¹⁰⁰.

Por outro lado, conforme ensina Bitencourt¹⁰¹, as teorias relativas, também denominadas de preventivas, defendem que a pena não têm a finalidade de

⁹⁶ ANDRADE, Danúbia Fabiana Silva de. A Finalidade da pena no direito penal brasileiro. **ESMASPE**, Pernambuco, v. 9, n. 20, p. 223-252, jul./dez. 2004.

⁹⁷ ANDRADE, Danúbia Fabiana Silva de. A Finalidade da pena no direito penal brasileiro. **ESMASPE**, Pernambuco, v. 9, n. 20, p. 223-252, jul./dez. 2004.

⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. I. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 524-525.

⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. I. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 525.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. v. I. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 106.

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 89.

retribuir a conduta delituosa a fim de ser alcançada a justiça, mas, sim, a de prevenir a prática de novos fatos delitivos. A função preventiva da pena pode ser analisada sob dois enfoques: prevenção geral e prevenção especial.

No que diz respeito à prevenção geral, Jesus¹⁰² afirma que “o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes”.

Sobre o mesmo tema destacam-se, também, as lições de Bitencourt¹⁰³:

Entre os defensores da teoria preventiva geral da pena destacam-se Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach. Feuerbach foi o formulador da “teoria da coação psicológica”, uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral. Esta teoria é fundamental para as explicações da função do Direito Penal. Analisemo-la.

A teoria defendida por Feuerbach sustenta que é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada. A elaboração do iniciador da moderna ciência do Direito Penal significou, em seu tempo, a mais inteligente fundamentação do direito punitivo. Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma “coação psicológica” com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. Já não se observa somente a parte, muitas vezes cruel, da execução da pena (que nesse caso serve somente para confirmar a ameaça), mas se antepõe à sua execução a cominação penal. Presumia-se, assim, que “o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psiquicamente, levando-o a pensar que não vale a pena a praticar o delito que se castiga”.

A pena previne a prática de crimes na medida em que é instrumento intimidatório e coercitivo sobre qualquer integrante da sociedade¹⁰⁴, sendo, portanto, fonte de motivação para o indivíduo não cometer delitos¹⁰⁵.

Por outro lado, de acordo com Prado¹⁰⁶, a prevenção especial também visa evitar a prática do delito. Todavia, diferentemente da prevenção geral, é destinada exclusivamente ao agente do crime perpetrado, tendo como objetivo impedir que este volte a transgredir o ordenamento jurídico.

¹⁰² JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 517.

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 89-90.

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 527.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 90.

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 532.

O mencionado Jurista¹⁰⁷ complementa que a prevenção especial exterioriza-se mediante “advertência ou intimidação individual, correção ou emenda do delinquente, reinserção social ou separação, quando incorrigível ou de difícil correção”.

Por seu turno, as teorias utilitárias ou ecléticas envolvem em um conceito único os fins da pena. Esta corrente defende o caráter retributivo da pena em conjunto com os fins de prevenção geral e especial¹⁰⁸.

Prado¹⁰⁹ observa que nas teorias mistas a idéia de retribuição jurídica não desaparece. Ao contrário, se consolida como fator relevante para aplicar a pena de forma justa, a qual tem como fundamento e limite a culpabilidade do agente.

É oportuno destacar os ensinamentos de Bitencourt¹¹⁰ acerca das teorias ecléticas:

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Sustentam que essa “unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com conseqüências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem”. Este é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional da mesma. Assim, esta orientação estabelece marcante diferença entre *fundamento* e *fim* da pena.

Em relação ao fundamento da pena, sustenta-se que a sanção punitiva não deve “fundamentar-se” em nada que não seja o fato praticado, qual seja, o delito. Com esta afirmação, afasta-se um dos princípios básicos da prevenção geral: a intimação da pena, inibindo o resto da comunidade a praticar delitos. E, com o mesmo argumento, evita-se uma possível fundamentação preventivo-especial da pena, onde esta, como já vimos, tem como base aquilo que o delinquente “pode” vir a realizar se não receber o tratamento a tempo, e não o que já foi realizado, sendo um critério ofensivo à dignidade do homem ao reduzi-lo à categoria de doente *biológico ou social*.

Deve ser registrado que, de acordo com Mirabete¹¹¹, além das mencionadas vertentes, há a teoria ressocializadora, a qual busca instituir uma política criminal humanística baseada na concepção de que a sociedade somente estará protegida quando for proporcionado ao condenado a adaptação ao meio social. Desta forma, evidencia-se que esse posicionamento almeja excluir em caráter definitivo a re-

¹⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 532.

¹⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 95.

¹⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 534.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 95.

¹¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 23. ed. São Paulo; Atlas, 2006. p. 245.

tributividade da sanção penal, pois a pena deve representar uma via de ressocialização progressiva do condenado.

Como ensina Greco¹¹², a lei penal brasileira segue o entendimento adotado pelas teorias unificadoras ou ecléticas. O art. 59 do Código Penal encarta a seguinte regra¹¹³:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Extrai-se, portanto, da parte final do *caput* do art. 59 do Código Penal que a pena a ser aplicada ao criminoso tem como objetivo reprovar o ato ilícito perpetrado e prevenir futuros delitos¹¹⁴.

3.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

De acordo com as lições de Jesus¹¹⁵, as penas são assim classificadas doutrinariamente:

- a) corporais;
- b) privativas de liberdade;
- c) restritivas de liberdade;
- d) pecuniárias; e
- e) privativas e restritivas de direitos.

As penas corporais, conforme Mirabete¹¹⁶, são aquelas que recaem sobre a integridade física do delinquente, e, segundo seus adeptos, eram o único meio de

¹¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 1v. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 526.

¹¹³ BRASIL. **Código Penal, 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 3 abr. de 2010.

¹¹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 526.

¹¹⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 518.

penalizar os “brutos e degredados”, haja vista que estes apenas seriam intimidados a não praticar ilícitos pelo medo dos castigos que lhes seriam aplicados. Tem-se como exemplos os açoites, as mutilações e a morte.

Já as penas privativas de liberdade, consideradas as mais graves das sanções previstas no atual ordenamento jurídico brasileiro, têm como escopo privar o infrator da liberdade de locomoção em razão de que, frente à nocividade do ilícito perpetrado, se mostram mais adequadas à prevenção e repressão da criminalidade¹¹⁷.

Por outro lado, as penas restritivas de liberdade apenas limitam o espectro de locomoção do condenado, o qual não é recolhido a prisão¹¹⁸. Como exemplo tem-se o banimento, o degredo ou o confinamento, o desterro, a proibição de frequentar determinados lugares etc¹¹⁹.

As penas pecuniárias, por sua vez, apenas infligem ao criminoso a responsabilidade pelo pagamento de determinada quantia em dinheiro¹²⁰. Mirabete¹²¹ afirma que tal sanção penal pode ocorrer em duas modalidades, quais sejam, multa ou confisco. A primeira consiste no pagamento de determinada quantia pelo réu, enquanto a segunda diz respeito à apreensão dos bens do condenado.

Por fim, as penas privativas e restritivas de direito são aquelas que retiram ou restringem os direitos do condenado. Conforme o art. 43 do Código Penal, podem ser divididas em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana¹²².

¹¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 23. ed. São Paulo; Atlas, 2006. p. 247.

¹¹⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 448.

¹¹⁸ JORGE, Wiliam Wanderley. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 386.

¹¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 23. ed. São Paulo; Atlas, 2006. p. 248-249.

¹²⁰ JORGE, Wiliam Wanderley. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 386.

¹²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 23. ed. São Paulo; Atlas, 2006. p. 249.

¹²² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 23. ed. São Paulo; Atlas, 2006. p. 249.

3.4 PRINCÍPIOS RELATIVOS À PENA

A Constituição Brasileira de 1988, buscando limitar as normas legais punitivas que eventualmente venham a serem instituídas pelo legislador, confere ao indivíduo direitos e garantias fundamentais que se afiguram como verdadeiras restrições à atuação do poder estatal¹²³. Sendo assim, tendo em vista o enfoque do presente trabalho acadêmico, a seguir serão examinados os princípios constitucionais relativos à pena.

A dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é um dos fundamentos do Estado de Direito e deve ser observada em todas as esferas do ordenamento jurídico. Como consequência lógica desse princípio fundamental, tem-se a impossibilidade de serem aplicadas aos criminosos penas cruéis, desumanas e degradantes, conforme estatui o art. 5º, inciso XLVII, alínea “e”, da Carta Magna¹²⁴.

Nesse diapasão, merece destaque o princípio da humanidade da pena, o qual, de acordo com Bitencourt¹²⁵, consiste na impossibilidade de o poder punitivo estatal infligir sanções penais que “atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”. Logo, no sistema jurídico de nosso país, esse preceito constitucional apresenta-se como o maior obstáculo à aplicação da pena capital e da prisão perpétua. Cumpre registrar, todavia, que em caso de guerra declarada é possível a pena de morte.

Nessa direção, colhe-se as lições de Prado¹²⁶:

A idéia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas (ex: multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana).

Em um Estado de Direito democrático vedam-se a criação, a aplicação ou a execução da pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a *dignidade humana* (v.g., tratamento desumano ou degradante). Assim, estabelecem a Declaração dos Direitos do Homem (1948): “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. III), e ninguém será

¹²³ ANDRADE, Danúbia Fabiana Silva de. A Finalidade da pena no direito penal brasileiro. **ESMASPE**, Pernambuco, v. 9, n. 20, p. 223-252, jul./dez. 2004.

¹²⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 439.

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16-17.

¹²⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 142-143.

submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. V)”; O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966): “ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas” (art. 7); A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1948) define e pune a tortura (arts. 1 e 4) , entre outras.

É justamente a dignidade da pessoa humana que radica o fundamento *material* do princípio da humanidade, visto que constitui “o último e fundamental limite material à atividade punitiva do Estado”.

Logo, pode-se dizer que do princípio da humanidade decorre o impedimento da aplicação de penas cruéis, do uso de tortura e maus tratos nos interrogatórios realizados na fase policial, bem como o dever de o Estado adequar sua infraestrutura carcerária aos recursos necessários para coibir a degradação do condenado¹²⁷.

Por sua vez, o princípio da personalidade, declarado no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Brasileira, diz respeito à impossibilidade de a pena ultrapassar da pessoa do condenado¹²⁸. Marques¹²⁹ ensina que:

A estrita personalidade da pena – ensina BATTAGLINI – é consqüência do fundamento moral do instituto. A pena é uma reprovação, um castigo, e não simples ajustamento econômico. Por isso, não há cumprimento da pena por representação, nem a sanção penal admite, ao reverso do que acontece com as sanções não penais, alterações de ordem subjetiva.

A responsabilidade penal, assim como não se comunica a estranhos, não se transmite aos herdeiros do condenado. É de ver, porém, como lembra Cuello Calón, que constitui fato de todos conhecido a repercussão sobre os parentes do condenado, da pena de privação de liberdade que recai sobre o chefe e cabeça da família. BATTAGLINI também atentou para a ocorrência, assim dizendo: “a sujeição pessoal do réu ao castigo não impede que este produza danos e sofrimentos também a inocentes ligados ao condenado pelos vínculos de parentesco ou laços afetivos [...]”.

Desta forma, pessoas inocentes e alheias ao crime não podem ser penalizadas por atos que não cometeram ou para os quais não contribuíram. No entanto, há de ser ressaltado que o raciocínio acima esposado não impede que a vítima seja ressarcida pelos danos suportados ou, ainda, que o Estado não possa apreender o produto obtido com o delito¹³⁰.

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17.

¹²⁸ DOTTE, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 440.

¹²⁹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 1999. p. 150-151.

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58.

Por outro lado, o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição de 1988, assegura que seja aplicado ao criminoso “a resposta penal necessária e suficiente para reprimir e prevenir o crime”¹³¹. Desse modo, a sanção penal não pode ser padronizada, cabendo a cada delinquente a medida punitiva correspondente ao ato ilícito que cometeu¹³².

Já de acordo com o princípio da proporcionalidade, na cominação da pena deve ser realizado um juízo de ponderação entre a gravidade da lesão praticada e o bem jurídico tutelado pelo Estado sobre o qual recaiu a conduta ilícita¹³³. Sendo assim, não há espaço para exagero e nem para liberalidade quando da fixação das sanções penais¹³⁴. Cumpre destacar as lições de Marques¹³⁵:

Do sentido retributivo da pena, deriva o princípio da proporcionalidade. Se a pena encontra o seu fundamento em um princípio ético de justiça – diz Battagliani – nesse mesmo princípio deve conter seus limites. O condenado precisa sentir que existe um equilíbrio entre o dano que produziu e o castigo que a sociedade lhe inflige, pois de outra forma o culpado se transformaria em vítima, e o credor em devedor.

É necessário observar que, conforme os princípios da necessidade e suficiência, além da imprescindibilidade para a proteção dos bens jurídicos, a pena empregada deve ser capaz de prevenir e repreender os crimes perpetrados¹³⁶.

No âmbito da imposição da pena ao criminoso, merece igualmente destaque o princípio da legalidade, cujo enfoque pormenorizado foi realizado no primeiro capítulo do presente trabalho.

3.5 A POLÍTICA CRIMINAL ADOTADA PELA LEI 11.343/06

Nesta etapa do presente trabalho, o estudo terá como enfoque o exame do tratamento penal sobre drogas no Brasil. Para tanto, será realizada a análise da

¹³¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 440.

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58-59.

¹³³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. v. I. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 141.

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 62-63.

¹³⁵ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 1999. p. 151-152.

¹³⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 441-442.

política criminal adotada pelas Leis ns. 6.368/76 e 11.343/06, de modo demonstrar o propósito de cada lei. Com efeito, objetiva-se demonstrar que a causa especial de diminuição de pena está inserida em contexto normativo que não está previsto na Lei 6.368/76. Primeiramente será apresentado o histórico da legislação pátria sobre drogas.

3.5.1 Breve histórico da legislação de drogas no Brasil

Gomes afirma que a criminalização do uso e comércio de substâncias tóxicas no Brasil ocorreu primeiramente quando da instituição das Ordenações Filipinas¹³⁷.

Os crimes contra a saúde pública passaram a ser regulamentados no Título III da Parte Especial intitulada de “Dos crimes contra a tranqüilidade pública” do Código de 1890¹³⁸. O art. 159 desse Diploma Legal reputava como ilícito penal “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, sendo aplicada a pena de multa ao infrator¹³⁹.

Posteriormente, com a edição do Decreto-Lei n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932¹⁴⁰, ocorreu a consolidação das leis penais, de modo que a matéria referente à saúde pública passou a ser abordada de forma mais complexa e densa, visto que foram incluídos doze parágrafos ao *caput* do art. 159 do Código de 1890 e, ainda, a prisão carcerária passou a ser aplicada juntamente com a pena de multa já prevista¹⁴¹.

¹³⁷ GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 99.

¹³⁸ BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Institui o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acesso em: 10 abr. de 2010.

¹³⁹ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 12.

¹⁴⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=42869>> Acesso em: 10 abr. de 2010.

¹⁴¹ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 12.

A política criminal de drogas no Brasil teve início com o Decreto n. 780, de 28 de abril de 1936, que criou a comissão permanente de fiscalização de entorpecentes, à qual foram designadas as seguintes funções¹⁴²:

Artigo 3º. A Comissão terá a seu cargo o estudo e a fixação do normas gerais de ação fiscalizadora do cultivo, extração, produção, fabricação, transformação, preparo, posse, importação, reexportação, oferta, venda, compra, troca, cessão, bem como a repressão do trafico e uso ilícitos de drogas entorpecentes, incumbindo-lhe todas as atribuições decorrentes dos objetivos gerais, para os quais é constituída.

Artigo 4º. A Comissão terá, ainda, a seu cargo a elaboração do ante-projeto de consolidação das leis, em vigor, sobre entorpecentes a ser submetida ao Poder Legislativo; o preparo de instruções a serem aprovadas pelos Ministros competentes, bem como as que dizem respeito à atuação dos delegados, plenipotenciários ou representantes do Brasil em congressos ou conferencias internacionais sobre a matéria.

Por sua vez, o Decreto-Lei n. 891, de 25 de novembro de 1938, dentre outras disposições, elencou as substâncias entorpecentes, tratou sobre a produção, o tráfico e o consumo, bem como regulamentou a internação e interdição civil daqueles considerados toxicômanos ou intoxicados habituais e, ainda, definiu as infrações penais e as respectivas penas¹⁴³.

O Código Penal, introduzido pelo Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, abordou a matéria relativa às substâncias entorpecentes da seguinte forma¹⁴⁴:

Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

¹⁴² BRASIL. **Decreto n. 780, de 28 de abril de 1936**. Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=28173>> Acesso em: 10 abr. de 2010.

¹⁴³ BRASIL. **Decreto- Lei n.. 891, de 25 de novembro de 1938**. Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=34785>> Acesso em: 10 abr. de 2010.

¹⁴⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>> Acesso em: 10 abr. de 2010.

- I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;
 - II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;
 - III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.
- § 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

Quanto ao Código Penal de 1940, destacam-se os comentários de Carvalho¹⁴⁵:

A característica marcante do Código Penal de 1940 é a tentativa, a partir do ensaio da Consolidação das Leis Penais na década de 30, de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e aplicação da lei codificada. No entanto, a partir do Decreto-Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e com a publicação da Lei 4.451/42 (que introduz ao art. 281 a ação de plantar), se inicia na legislação pátria – não apenas no que diz respeito às drogas, mas aos entorpecentes de maneira muito especial -, amplo processo de descodificação, cujas consequências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal).

O art. 1º do Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968, modificou a redação do art. 281 do Código Penal, atribuindo aos usuários de drogas penas idênticas à dos traficantes de entorpecentes, *in verbis*¹⁴⁶:

Art. 1º O artigo 281 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), modificado pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.)

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito ou sob sua guarda matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determinem dependência física ou psíquica;

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.)

§ 2º Se o agente é farmacêutico, médico dentista ou veterinário:

¹⁴⁵ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 13-14.

¹⁴⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=118613>> Acesso em: 10 abr. de 2010.

Pena - reclusão, de 2 a 8 anos, e multa de 20 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. (Forma qualificada)

§ 3º Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária ou com infração de preceito legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de seis meses a 2 anos, e multa de 10 a 30 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. (Receita legal)

§ 4º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica; (Induzimento ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.)

II - utiliza local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dê se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica; (Local destinado ao uso de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica.)

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica. (Incentivo ou difusão do uso de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica.)

§ 5º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 16 anos. (Aumento da pena)

A Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971, estabeleceu de modo definitivo a descodificação da matéria relativa às drogas, definiu as medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes, alterou a redação do art. 281 do Código Penal, bem como o rito processual a ser adotado para o julgamento dos delitos elencados nesse dispositivo legal. A norma de 1971 foi substituída pela Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, à exceção do art. 22 que permaneceu vigente¹⁴⁷.

Com o advento da Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, a parte processual da Lei 6.368 foi substituída, permanecendo hígido o aspecto material desta última¹⁴⁸.

Por fim, o art. 75 da Lei n. 11.343, de 24 de agosto de 2006, revogou tanto a Lei n. 6.368/76 quanto a Lei n. 10.409/2002, passando a matéria a ser integralmente regulamentada pelo novo diploma¹⁴⁹.

¹⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção – Repressão**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 38-39 e 41.

¹⁴⁸ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Tóxicos: Aspectos Processuais**. 2. ed. Goiânia: AB, 2002. p. 1-5.

¹⁴⁹ BRASIL. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm > Acesso em: 14 de abr. de 2010.

3.5.2 O tratamento penal às drogas no Brasil

3.5.2.1 Aspectos relevantes acerca da Lei n. 6.368/76

Conforme as lições de Greco Filho¹⁵⁰, a globalização do controle penal sobre as drogas ilícitas ganhou força a partir da ratificação por mais de cem países, inclusive o Brasil, da Convenção Única de Entorpecentes, de 1961, a qual, além de elencar os entorpecentes e relacioná-los de acordo com suas propriedades, definiu medidas de controle e fiscalização a serem adotadas pelos países no combate ao tráfico ilícito, possibilitando, desta forma, a assistência recíproca e coordenada entre os Estados.

Segundo Carvalho¹⁵¹, apesar da política global repressiva, o problema relativo às drogas somente se agravou, haja vista o aumento progressivo do consumo e comércio de substâncias entorpecentes. Por isso, a estratégia do governo dos EUA foi influenciar a opinião pública a escolher as drogas como inimigo interno da nação. No entanto, a estratégia não obteve o êxito esperado, em razão da crescente popularização das drogas.

À vista disso, o projeto norte-americano passou a responsabilizar os países produtores ou aqueles que são utilizados como rota do tráfico ilícito, como o Brasil, pelo seu consumo interno de drogas, circunstância que influenciou as políticas de segurança pública de grande parte dos países latino-americanos. Foi no contexto de guerra às drogas que surgiu a Lei n. 6.368/76, a qual instaurou o modelo repressivo de controle¹⁵².

Carvalho¹⁵³ relata que a Lei n. 6.368/76 tem como pano de fundo o discurso de repressão às drogas ilícitas no Brasil, explicitando de forma nítida a distinção entre o usuário/dependente/doente e o traficante/delinquente, circunstância que permite observar a existência de dois sistemas proibitivos – identificados conforme o

¹⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção – Repressão**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 32.

¹⁵¹ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 22.

¹⁵² CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 22.

¹⁵³ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 23.

agente a ser punido – que estabelecem as sanções e medidas a serem aplicadas. Com efeito, ao traficante era atribuído o papel de inimigo interno da sociedade, de modo a justificar a gravidade das penas.

O papel da sociedade na luta contra as drogas foi disciplinado no art. 1º, inserto no capítulo denominado “Da prevenção”, da Lei b. 6.368/76, nos seguintes termos: “É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”¹⁵⁴.

A esse respeito é oportuno destacar os ensinamentos de Carvalho¹⁵⁵:

O primeiro capítulo da Lei 6.368/76, ao tratar do tema prevenção, estabelece como dever de toda pessoa, física ou jurídica, colaborar com a prevenção e a repressão ao tráfico e ao uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Trata-se, conforme Vicente Greco Filho, de norma exortiva, cujo escopo é o “(...) *chamamento das forças da Nação para esta verdadeira guerra santa que é o combate aos tóxicos. O dever mais que jurídico é moral (...)*”. Em sentido idêntico Mena Barreto, membro da Comissão redatora do Projeto da Lei: “(...) *o artigo inicial mantém a filosofia de que é indispensável a colaboração e o esforço conjunto num campo de luta que hoje compromete toda humanidade. É questão de sobrevivência político-econômica e social (...)*”.

A mobilização nacional pretendida na abertura do texto, apesar de apresentar-se como integrante das políticas preventivas, projeta sistema repressivo autoritário típico dos modelos penais de exceção. A inversão ideológica do discurso revela os futuros efeitos perversos da Lei de Drogas: a aparente preocupação com as ações preventivas densifica o sistema repressivo.

Gomes¹⁵⁶ destaca que o capítulo denominado “Do tratamento e da recuperação” da Lei n. 6.368/76 estatuiu a chamada justiça terapêutica ao submeter todos os usuários de drogas ao tratamento compulsório, ou seja, independentemente de anuência do dependente. Todavia, segundo defende, tal proceder estava fadado ao insucesso, haja vista que o resultado positivo do tratamento estava intimamente ligado com a participação efetiva do paciente.

¹⁵⁴ BRASIL. **Lei 6.368/76, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm> Acesso em 18 de abril de 2010.

¹⁵⁵ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 26.

¹⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Reformas Penais (XVII): Nova lei de tóxicos**. Disponível em <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:yHI9YcMWe6sJ:www.juspodivm.com.br/i/a/%257B82F86FAB-1713-40F4-9A80-29174BEF7232%257D_041.pdf+luiz+fl%C3%A1vio+gomes+drogas&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESjZod7ce7e0Vz8R_hZoTrGBU9A08kq1kvHBdehS5oSIW1W4gChdCPHrwdde5z4HghMR2Cxh14ilVWaqGiAakkRDCAM5ceB2KXaHQEyqoplF9VTIQImcMaXzRrkweYWztlHy5tPk&sig=AHIEtbSZFCjoV76A7FcpGEAluZZAU_2BNA> Acesso em: 18 de abril de 2010.

Sobre o tema, Carvalho¹⁵⁷ sustenta que o caráter compulsório do tratamento terapêutico aos usuários decorre do entendimento de que a toxicod dependência é fator criminológico preponderante para a periculosidade social, circunstância que tem o condão de impor ao Estado o dever de intervir a fim de impedir prática delituosa futura. Desta forma, observa-se que a Lei de Drogas de 1976 ampliou os espectros de intervenção do Estado ao utilizar o sistema de saúde como prática punitiva de repressão.

Consoante ensina Greco Filho¹⁵⁸, outro aspecto a ser destacado acerca da Lei n. 6.368/76 é o tratamento mais benigno concedido ao usuário do que aquele atribuído ao traficante. Confira-se sua opinião:

O Decreto-lei n. 385 foi o diploma legal que, dando nova redação ao art. 281 do Código Penal, equiparou o delito de tráfico de entorpecentes a conduta de trazer consigo para uso próprio. O Anteprojeto Hungria trazia fórmula redacionalmente mais correta, tendo em vista as finalidades da lei, equiparando todas as espécies de finalidades possíveis, através da expressão “trazer consigo ainda que para uso próprio”.

A Lei 5.726 repetiu a fórmula do Decreto-lei n. 385, eliminando a tormentosa dificuldade de enquadramento, agora novamente trazida à baila pela solução adotada pela lei que comentamos.

Além de estender para as condutas de adquirir e guardar, a lei ora comentada deu àquele que pratica uma das condutas previstas no artigo para uso próprio, tratamento mais benigno do que àquele que pratica os mesmos atos, ou outros, com outra finalidade.

Não se trata, como temos insistido, de punição mais branda para o viciado.

A lei não pune, e não punia, o vício em si mesmo, porque não tipifica a conduta de “usar” (entendimento acolhido por nossos tribunais).

[...].

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa.

Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque fator decisivo é na difusão dos tóxicos.

Sob outro viés, no que tange ao crime de comércio ilícito de entorpecentes, há de ser ressaltado que a Lei de Tóxicos de 1976 não fez distinção entre a pena a ser infligida ao traficante varejista e ao pequeno vendedor de drogas, pois a conduta de ambos era tipificada no art. 12 do Diploma Legal em comento, de modo que ao Juiz cabia a discricionariedade de fixar a pena de acordo com o grau de danosidade da conduta ao bem jurídico tutelado, nos termos do art. 59 do Código Penal¹⁵⁹.

¹⁵⁷ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 27.

¹⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção – Repressão**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 132-135.

¹⁵⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção – Repressão**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 115.

3.5.2.2 Aspectos relevantes acerca da Lei n. 11.343/06

De início, para melhor evidenciar o alcance das disposições da Lei n. 11.343/06, cabe reproduzir seu art. 1º, que fornece uma visão global acerca da política de drogas adotada¹⁶⁰:

Art. 1º. Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Cumprir registrar desde já que, como bem observou Guimarães¹⁶¹, para fazer menção à substância que cause dependência, o legislador passou a adotar a terminologia “drogas”, tendo, portanto, abandonado a expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, até então utilizada pela Lei n. 6.368/76.

No que tange à política criminal adotada pela Lei n. 11.343/06, são as lições de Bianchini¹⁶²:

Na década de 90 ficou bem acentuada a prevalência de dois diversos discursos acerca dos rumos a serem dados para a questão das drogas no Brasil. Um deles apregoava que a redução da oferta e da demanda poderia e deveria ocorrer por meio da intervenção penal. Visava a total abstinência, ou seja, um *mundo sem drogas*. *War on drugs* era a visão preponderante.

O outro, diversamente, tratava do tema a partir de uma linha prevencionista, voltada para atividades relativas à redução de danos. Apareceram preocupações com moderação e controle de abuso. Buscava um distanciamento de respostas meramente repressivas, principalmente em razão da estigmatização do usuário ou do dependente decorrente da sua passagem pelo sistema penal.

A nova Lei, nitidamente, abarca as duas tendências. A proibicionista dirige-se contra a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas, enquanto que a prevencionista é aplicada para o usuário e para o dependente. A Lei,

¹⁶⁰ BRASIL. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em: 23 abr. de 2010.

¹⁶¹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada**. 3. 3d. Curitiba: Juruá, 2008. p. 15.

¹⁶² GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 22-23.

además, está atenta às políticas de atenção e de reinserção social do usuário e do dependente.

Trata-se, portanto, de uma importante mudança ideológica, principalmente porque a nova Lei determina “a observância do *equilíbrio* entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social” (art. 4º, X – grifou-se).

Segundo Gomes¹⁶³, as principais questões abordadas pela Lei n. 11.343/06 têm relação direta com os seguintes temas:

- a) a introdução no Brasil de uma política de prevenção ao uso de drogas ilícitas, de assistência e inserção social do usuário;
- b) a abolição da pena de prisão àquele encontrado na posse de entorpecentes para consumo pessoal;
- c) o aumento da rigidez punitiva contra o traficante e financiador do tráfico;
- d) a diferenciação entre o traficante profissional e o ocasional;
- e) o rito processual distinto a ser adotado para o usuário e o traficante, já que o primeiro será processado pelo procedimento estabelecido pelos Juizados Criminais e o segundo no procedimento comum; e
- f) a apreensão dos produtos dos crimes.

A Lei n. 11.343/06 criou uma estrutura administrativa especialmente direcionada para a problemática de drogas ao instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, o qual, segundo o art. 3º, tem as seguintes finalidades¹⁶⁴:

Art. 3º. O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

- I – a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;
- II – a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

De acordo com Bizzoto e Rodrigues¹⁶⁵, a atuação do Sisnad tem como enfoque proteger o usuário e o dependente, bem como realizar atividades capazes de impedir a circulação de drogas provenientes de produção irregular e de tráfico

¹⁶³ GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 7.

¹⁶⁴ BRASIL. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em: 23 abr. de 2010.

¹⁶⁵ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas: Comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 9.

ilícito. O caráter preventivo do tratamento concedido ao usuário foi reforçado com a inserção da figura típica de porte de droga para consumo justamente no Título III da Lei n. 11.343/06, denominado de “Das atividades de prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”.

A partir da vigência do Diploma Legal citado, foi abolida a pena de prisão anteriormente cominada ao consumidor de drogas. É oportuno transcrever o *caput* e incisos do art. 28 da Lei de Drogas de 2006¹⁶⁶:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Gomes¹⁶⁷ leciona que, em relação ao usuário, a política criminal adotada pelo legislador implicou na descriminalização da posse de droga para consumo pessoal, porquanto foi retirado o caráter criminoso da conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06. É que, segundo explica, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal dispõe que crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção. Logo, a posse de drogas teria deixado de ser crime uma vez que as sanções previstas para aquele que pratica essa conduta não conduzem a nenhum tipo de prisão¹⁶⁸.

Desse modo, conforme afirma, a posse de drogas para o consumo pessoal configura uma infração *sui generis*, pois, como não há a aplicação de pena de prisão, não se trata de crime e tampouco de contravenção penal. Contudo, registra que não há que se falar em legalização da posse de drogas, visto que, para tal hipótese, o fato necessariamente teria que deixar de ser objeto de qualquer espécie de sanção, o que não ocorreu *in casu*¹⁶⁹.

¹⁶⁶ BRASIL. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em: 23 abr. de 2010.

¹⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 108.

¹⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 109.

¹⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 110.

Em sentido oposto, Jesus¹⁷⁰ preleciona que a conduta descrita no art. 28 da Nova Lei de Drogas ainda deve ser considerada crime, fundamentando tal entendimento nos seguintes termos:

Cuida-se de crime (*nossa opinião*), do ponto de vista formal e material. De registrar-se que, sob o aspecto formal, a definição contida no art. 1º da LICP encontra-se defasada. Desse modo, não cabe falar em ilícito *sui generis* invocando o vetusto dispositivo legal. Afirmar que as leis penais do século XXI devem amoldar-se ao conceito da Lei de Introdução ao Código Penal significa conferir a ela caráter normativo superior, algo do qual ela é desprovida. De observar-se que a Constituição Federal declara que “a lei regulará a individualização da pena (criminal) e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (art. 5º, XLVI – parêntese nosso). Nota-se, portanto, que o Texto Maior expressamente autoriza a existência de crime sem a cominação da pena privativa de liberdade. Esta conclusão ganha reforço quando se nota na Carta Maior a previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica (arts. 173, § 5º, e 225, § 3º); os entes fictícios, por óbvio, não ficam sujeitos à prisão, muito embora cometam *crimes*. De acrescentar-se que o dispositivo insere-se em Capítulo designado “Dos crimes e das penas” e, conforme ressaltou o ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence, “seria presumir o excepcional se a interpretação da L. 11.343/06 partisse de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado – inadvertidamente – a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas” (trecho do voto proferido na Questão de Ordem no RE 430.105, j. 13-2-2007, DJU 27 abr. 2007, p. 69) [...].

Do ponto de vista material, a subsistência do caráter criminoso da conduta se justifica pela lesão ao bem jurídico tutelado na norma, qual seja, a saúde pública. A lei não pune, com efeito, o *consumo* da droga (se o fizesse, violaria o princípio da alteridade e o tipo seria inconstitucional); incrimina-se, tão somente, o ato de *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, ou trazer consigo* (para uso pessoal) drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Sob outro viés, evidencia-se o aumento da rigidez punitiva da Lei n. 11.343/06 quanto ao crime de tráfico ilícito de drogas na medida em que exacerbou a pena privativa abstrata mínima de 3 (três) anos prevista na norma anterior para 5 (cinco) anos¹⁷¹.

Como se vê, neste aspecto, a Lei n. 11.343/06 apresenta-se como *novatio legis in pejus* na medida em que majorou o patamar mínimo da pena atribuída ao traficante de drogas. Desta forma, é aplicada tão somente aos fatos ocorridos após a

¹⁷⁰ JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39-41.

¹⁷¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93.

sua vigência, sendo, portanto, vedada a sua retroatividade, nos termos do art. 1º do Código Penal¹⁷².

Há de ser registrado que, segundo a regra inserta no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, ao contrário do previsto na Lei n. 6.368/76, aquele que compartilha a droga para uso em conjunto com pessoa de seu relacionamento, sem qualquer pretensão de lucro, não estará sujeito às penas cominadas ao crime de tráfico¹⁷³.

Outro aspecto inovador da Nova Lei de Drogas é a possibilidade de o traficante ocasional ter sua pena reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) na hipótese de preencher os seguintes requisitos elencados no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06¹⁷⁴:

- a) ser réu primário;
- b) ter bons antecedentes criminais;
- c) não se dedicar à atividades criminosas; e
- d) tampouco integrar organização criminosa.

Marcão¹⁷⁵ observa que a previsão da causa especial de diminuição de pena permite que o magistrado avalie com propriedade as nuances do caso concreto. Desse modo, concede-se tratamento adequado àquele que pela primeira vez praticou ato ilícito. O Autor complementa que:

Sob a égide da lei antiga, até por má aplicação do art. 59 do CP, na maioria das vezes o neófito recebia pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que, conforme a prova dos autos, já se dedicava à traficância de longa data, mas que fora surpreendido com a ação policial pela primeira vez. Sendo ambos primários, de bons antecedentes etc., recebiam pena mínima, não obstante o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico.

Inegável que aquele que se inicia no crime está por merecer reprimenda menos grave, o que era impossível antes da vigência do novo § 4º.

A propósito, deve ser registrado que a minoração da pena não é mera faculdade a ser exercida pelo julgador. Ao contrário, trata-se de direito subjetivo do réu que preencha todos os requisitos exigidos pela norma. Sendo assim, no processo de

¹⁷² GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 186.

¹⁷³ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas: Comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 71.

¹⁷⁴ JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

¹⁷⁵ MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

individualização da pena, a discricionariedade do magistrado limita-se quantificar o patamar da minorante a ser aplicada com a exposição da devida motivação¹⁷⁶.

Gomes entende que o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 trata de inovação benéfica ao réu, circunstância que autorizaria sua aplicação aos fatos ocorridos durante a vigência da Lei n. 6.368/76. Todavia, como bem assinala, esse entendimento não é pacífico, já que há doutrina que sustenta a retroatividade condicional da minorante, de modo a impedir a combinação de leis¹⁷⁷. A controvérsia será objeto de enfoque pormenorizado no último capítulo.

Diante do quadro apresentado, evidencia-se que a Lei 11.343/06 agravou o tratamento penal aplicado ao traficante, já que aumentou consideravelmente a pena cominada ao ilícito. Desta forma, a causa especial de diminuição de pena foi inserida na Lei 11.343/06 com o fim de suavizar o rigorismo da política criminal a ser aplicada ao réu que preencha os requisitos insertos no § 4º do art. 33 do mencionado comando normativo. Carvalho¹⁷⁸ conclui que a Lei 11.343/06 “nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes”, de modo que criou dois estatutos repressivos com propostas punitivas diversas, já que inflige ao traficante de drogas severo regime de punibilidade e, em contrapartida, oferece ao usuário tratamento terapêutico.

¹⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 197.

¹⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 197.

¹⁷⁸ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 72.

4 A APLICAÇÃO DA PENA E A RETROATIVIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06

Neste último capítulo objetiva-se elucidar a forma de incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 aos crimes de tráfico de drogas praticados quando ainda estava em vigor a Lei n. 6.368/76.

Em análise prévia à questão central do presente estudo serão elencadas e explicadas as etapas da individualização da pena – quais sejam, legislativa, judicial e executória – de modo a possibilitar a identificação de suas respectivas finalidades.

Depois, a individualização da pena no âmbito judicial terá especial atenção em razão de ser nessa fase que incide a causa especial de diminuição de pena. Desse modo, será examinada a forma de ser realizado o cômputo da pena privativa de liberdade e, nesse ponto, demonstrando em qual momento o julgador deve avaliar eventual causa especial de diminuição a incidir no caso concreto.

Feitos os aludidos apontamentos, finalmente o enfoque do presente trabalho acadêmico voltar-se-á ao estudo da aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 aos delitos cometidos sob égide da Lei 6.368/76, oportunidade em que serão expostos e comparados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

4.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: COMINAÇÃO, APLICAÇÃO E EXECUÇÃO

A individualização da pena está diretamente ligada ao princípio da proporcionalidade da sanção penal. E isso porque se diz que a pena justa somente é alcançada se estiver em simetria com a gravidade do ilícito praticado, a qual é estabelecida a partir do dano ou perigo ocasionado ao bem jurídico tutelado¹⁷⁹.

No Brasil a individualização da pena é constitucionalmente prevista como direito fundamental no art. 5º, inciso XLVI da Constituição de 1988. A aplicação des-

¹⁷⁹ MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 439.

se princípio constitucional opera-se em três planos distintos: a) o legislativo; b) o judicial e c) o executório¹⁸⁰.

No âmbito legislativo, a determinação da pena dá-se por intermédio do processo pelo qual são estabelecidos os fatos puníveis e as suas respectivas sanções, bem como são definidos os limites e critérios de fixação da pena¹⁸¹. Sendo assim, cumpre à lei estabelecer – qualitativa e quantitativamente – penas proporcionais à importância do bem jurídico tutelado pelo Estado e, ainda, prescrever diretrizes para o juiz guiar-se quando da fixação definitiva da sanção¹⁸².

É nesse momento que ocorre a chamada cominação da pena, haja vista que o legislador elenca as condutas que possam atingir o bem jurídico tutelado e prescreve, de modo abstrato, a respectiva sanção a ser atribuída a cada uma dessas violações. Dessa forma, nesse aspecto, observa-se a finalidade da prevenção geral atribuída à pena, já que nesta etapa a norma repressiva é direcionada indiscriminadamente a toda sociedade¹⁸³.

Por outro lado, na esfera judicial, a individualização da pena ocorre na sentença. É nesse momento que, exercendo a discricionariedade vinculada aos balizamentos do art. 59 do Código Penal, o magistrado fixa a espécie de pena aplicável, o seu patamar, o regime de sua execução e, ainda, a sua eventual substituição ou suspensão condicional¹⁸⁴.

Nessa fase, tendo em vista as circunstâncias que permeiam o caso concreto, a pena é fixada e direcionada ao infrator da norma proibitiva. Desse modo, na aplicação da sanção penal, identifica-se tanto a prevenção especial quanto a prevenção geral. E isso porque a pena tem a função de intimidar o réu a não delinquir novamente e, ainda, de demonstrar à sociedade que a transgressão da lei penal não será tolerada pelo Estado¹⁸⁵.

¹⁸⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 596.

¹⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 588.

¹⁸² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. I. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 631.

¹⁸³ MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 476.

¹⁸⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 596.

¹⁸⁵ MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 377.

Cumpra registrar que o juiz ao aplicar a pena deve observar os fins de retribuição, prevenção geral e especial a ela atribuídos¹⁸⁶. E, para tanto, a lei penal estabeleceu as etapas que obrigatoriamente o julgador deverá cumprir, sob pena de o ato decisório restar maculado¹⁸⁷.

Já na fase executória ocorre a efetivação do comando delineado na sentença penal condenatória, porquanto o réu inicia a cumprir a pena que lhe foi aplicada. Logo, nesta etapa, constata-se a preponderância da prevenção especial, visto que, ao menos em tese, com o tratamento penal almeja-se a recuperação do criminoso e sua ressocialização¹⁸⁸.

4.2 DA APLICAÇÃO DA PENA

É oportuno registrar que nesta etapa do trabalho acadêmico será dado enfoque à individualização da pena na esfera judicial com o fim de serem analisados os aspectos relativos ao cálculo da pena privativa de liberdade. Sendo assim, objetivava-se contextualizar a incidência da causa especial de diminuição de pena para, mais adiante, serem abordadas as hipóteses de incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

De acordo com o art. 68 do Código Penal o cálculo da pena privativa de liberdade deve ser procedido da seguinte forma¹⁸⁹: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento”.

Na primeira fase da determinação da pena, o julgador deve definir a pena-base por intermédio da análise das circunstâncias judiciais insertas no art. 59, *caput*, do Código Penal¹⁹⁰. São oito circunstâncias judiciais a serem examinadas para a

¹⁸⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 596.

¹⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. I. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 631.

¹⁸⁸ MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 377.

¹⁸⁹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 24 maio de 2010.

¹⁹⁰ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 587.

fixação da pena-base, quais sejam, (1) a culpabilidade, (2) os antecedentes criminais, (3) a conduta social, (4) a personalidade do agente, (5) os motivos, (6) as circunstâncias e (7) consequências do crime e, ainda, (8) o comportamento da vítima. Confira-se o teor do mencionado dispositivo legal¹⁹¹:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Nucci¹⁹² afirma que as circunstâncias judiciais podem ser definidas como os “elementos que volteiam a realização do delito, sem afetar-lhe a existência, mas que influenciam na fixação da pena, materializando-se conforme as pessoais convicções do magistrado”.

Conforme preleciona Greco¹⁹³, as circunstâncias judiciais devem ser individualmente analisadas, de modo que, ao determinar a pena-base, o juiz não pode valorá-las de forma genérica, sob pena de nulidade absoluta do ato decisório. E isso porque tanto o réu quanto o Ministério Público devem entender os motivos que serviram de alicerce para a definição da pena-base, sobretudo para ser viabilizado o enfoque específico do tema em grau recursal.

Destacam-se as lições de Dotti¹⁹⁴ acerca da pena abstrata prevista no tipo penal:

A prefixação dos limites mínimo e máximo para cada tipo de ilícito constitui uma consequência lógica do princípio da anterioridade da lei penal e uma das garantias fundamentais do cidadão. A pena deve ser necessária e *suficiente* para a reprovação e prevenção do crime, daí a exigência constitucional e legal da individualização, no que toca à quantidade, “dentro dos limites previstos” (CP, art. 59, II). Um sistema penal de segurança implica na adoção de limites mínimo e máximo da fixação concreta da pena. A chamada *sentença indeterminada*, que foi considerada como um dos caminhos para a aplicação da pena justa, a ser determinada em cada caso pelo juiz, não tem sido aprovada pelos sistemas positivos de um modo geral.

¹⁹¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 24 maio de 2010.

¹⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 392.

¹⁹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 597.

¹⁹⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 514.

Uma vez definida a pena-base, o magistrado deve observar as circunstâncias legais genéricas – agravantes e atenuantes – para, caso necessário, elevar a sanção penal ou diminuí-la. Note-se que nesta etapa da dosimetria da pena a atuação do juiz está adstrita aos limites mínimo e máximo definidos no tipo penal incriminador¹⁹⁵.

Saliente-se que o Código Penal não estabelece o patamar de que a pena será acrescida ou reduzida em razão da existência de agravantes e atenuantes a incidirem no caso concreto, deixando-o ao critério do julgador¹⁹⁶. Acerca da matéria, são as lições de Greco¹⁹⁷:

Merece ser frisado, ainda, que o Código Penal não fornece um *quantum* para fins de atenuação ou agravação da pena, ao contrário do que ocorre com as chamadas causas de diminuição ou de aumento, a serem observadas no terceiro momento do critério trifásico previsto no art. 68 do diploma repressivo. Para elas, o Código Penal reservou essa diminuição ou aumento em frações, a exemplo do que ocorre como § 1º do seu art. 155, quando diz que a pena será aumentada em *um terço* se o furto for praticado durante repouso noturno.

Até quanto podemos, outrossim, agravar ou atenuar a pena-base fixada? Ante a ausência de critérios previamente definidos pela lei penal, devemos considerar o princípio da razoabilidade como reitor para essa atenuação ou agravação da pena. Contudo, face a fluidez desse conceito de razoabilidade, a doutrina tem entendido que “razoável” seria agravar ou atenuar a pena-base em até um sexto do *quantum* fixado, fazendo-se, pois, uma comparação com as causas de diminuição e de aumento de pena.

[...].

Sendo assim, na ausência de determinação legal, acreditamos que, no máximo, as atenuantes e agravantes poderão fazer com que a pena-base seja diminuída ou aumentada em até *um sexto*.

Marinho¹⁹⁸ observa que as agravantes elencadas nos arts. 61 a 64 do Código Penal são taxativas, razão pela qual não há espaço para ampliar as possibilidades de aumento de pena. Por outro lado, conforme leciona Nucci¹⁹⁹, embora o rol de minorantes do art. 65 do Estatuto Repressivo seja restrito, considera-se a existência da atenuante inominada prevista no art. 66 do mesmo Diploma Legal o que expande as possibilidades de diminuir a pena.

¹⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 399.

¹⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. v. I. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 637.

¹⁹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 609.

¹⁹⁸ MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 457.

¹⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 412.

Por fim, consoante leciona Bitencourt²⁰⁰, na terceira fase da dosimetria é fixada a pena definitiva. Para tanto, sobre a pena até então calculada recaem as causas especiais de aumento e de diminuição. O *quantum* das majorantes e minorantes é previamente determinado em frações pela lei. Prado²⁰¹ registra que as causas de aumento e diminuição “permitem o agravamento ou redução da pena além ou aquém dos limites máximo e mínimo prefixados no tipo penal”.

4.3 A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06

Nesta fase do presente trabalho acadêmico será realizado um exame mais detalhado da aplicabilidade da causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 ao delito de tráfico ilícito de drogas cometido durante a vigência da Lei 6.368/76. Com efeito, proceder-se-á a análise da questão sob três pontos de vista, quais sejam: a) a impossibilidade de a mencionada minorante retroagir para beneficiar o réu que praticou o ato ilícito sob a égide da Lei n. 6.368/76; b) a possibilidade de retroação tão somente do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 para incidir no cálculo da pena a ser aplicada ao agente que cometeu o crime quando ainda estava vigente a Lei n. 6.368/76; e c) a necessidade de ser eleita a lei mais benéfica ao réu, de modo a não permitir a combinação de leis penais no tempo.

É necessário reproduzir o art. 33, *caput*, §§ 1º e 4º, da Lei n. 11.343/06, para serem demonstrados os tipos penais cujas penas podem ser abrandadas por meio da aplicação da causa especial de diminuição de pena objeto de estudo. Confira-se²⁰²:

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,

²⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. **Tratado de Direito Penal**. v. I. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 603.

²⁰¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 637.

²⁰² BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em: 24 maio de 2010.

ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

§ 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.

É oportuno salientar que o art. 33 da Lei n. 11.343/06 não alterou a tipificação legal prevista na Lei n. 6.368/76 para o crime de tráfico de drogas, já que foram mantidos os 18 (dezoito) verbos-núcleos do art. 12 do antigo Diploma Legal²⁰³.

Como se vê, na individualização judicial da pena, o agente que praticar as condutas descritas no *caput* e § 1º do dispositivo legal supracitado poderá ter a pena reduzida de um sexto a dois terços quando preencher concomitantemente os seguintes requisitos: (1) ser réu primário; (2) ter bons antecedentes criminais; (3) não se dedicar a atividades criminosas; e (4) não fazer parte de organizações criminosas²⁰⁴. Registre-se que tais condições que autorizam a aplicação do redutor de pena não serão minuciosamente examinadas em razão de não serem pertinentes para atingir o fim que o presente trabalho se propõe alcançar, qual seja, a análise da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 ao crime de tráfico praticado sob a égide da Lei 6.368/76.

²⁰³ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas**. São Paulo: Método, 2007. p. 80.

²⁰⁴ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 110.

4.3.1 A combinação de leis: possibilidade de retroagir tão somente o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 sobre a pena cominada na Lei n. 6.368/76

A primeira hipótese a ser examinada trata da retroatividade incondicional do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 aos crimes cometidos durante a vigência da Lei n. 6.368/76, ainda que o processo já esteja em fase de execução. Para tanto serão demonstrados os argumentos que sustentam a combinação de leis e, posteriormente, far-se-á a análise do cálculo da pena utilizado pelos julgadores que atuam no Tribunal de Justiça Catarinense.

Marcão afirma que a redução de pena da nova Lei de Drogas deve alcançar os casos ocorridos durante a vigência da Lei n. 6.368/76. Para o autor, essa parcela da Lei n. 11.343/06 constitui *novatio legis in melius*, haja vista o preceito inserto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Brasileira, e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal²⁰⁵.

E, de acordo com Cunha²⁰⁶, como a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 é uma inovação benéfica ao réu, deve retroagir incondicionalmente aos crimes ocorridos quando ainda estava vigorando a Lei n. 6.368/76. Logo, segundo defende o doutrinador, sua incidência deve recair sobre a pena base cominada na Lei de Drogas de 1976. Isso porque, em relação a fatos pretéritos, o julgador não pode aplicar a pena nova (de 5 a 15 anos), já que neste aspecto a norma de 2006 não retroage por ser mais severa ao agente.

À vista disso, Greco²⁰⁷ leciona que a combinação de leis não importa em elaborar um terceiro preceito normativo, mas em atender aos princípios constitucionais da ultra-atividade e retroatividade. E complementa que:

Fala-se em combinação de leis quando, a fim de atender aos princípios da ultra-atividade e da retroatividade *in melius*, ao julgador é conferida a possibilidade de extrair de dois diplomas os dispositivos que atendam aos interesses do agente, desprezando aqueles outros que o prejudiquem. Discute-se se é possível esse tipo de raciocínio, uma vez que, segundo parte da doutrina, o julgador estaria criando um terceiro gênero de lei, o que lhe seria vedado. Pela possibilidade de aplicação das partes que forem favoráveis ao agente, assim já se manifestou Assis Toledo, dizendo que “em matéria de

²⁰⁵ MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 164.

²⁰⁶ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA; Rogério Sanches; Oliveira; William Terra de. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 197.

²⁰⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 122-123.

direito transitório, não se pode estabelecer dogmas rígidos como esse da proibição da combinação de leis.

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

Segundo Jesus²⁰⁸, os partidários da vertente sob enfoque argumentam que o julgador não está criando nova lei, “mas movimentando-se dentro do campo legal em sua missão de integração legítima”. E isso se deve ao fato de que, se o juiz pode escolher entre uma e outra lei “para obedecer ao mandamento constitucional da aplicação da *lex mitior*, nada o impede de efetuar a combinação delas, com o que estaria mais profundamente seguindo o preceito da Carta Magna”.

O entendimento consistente na conjugação das Leis ns. 6.368/76 e 11.343/06 para proporcionar ao réu o tratamento penal mais benéfico é adotado, de forma majoritária, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁰⁹:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. COMBINAÇÃO DE DISPOSIÇÕES DE DUAS LEIS. CRIAÇÃO DE TERCEIRA NORMA. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DA TURMA. VIABILIDADE. REDUÇÃO EM 1/6. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. DIMINUIÇÃO DA PENA NO GRAU MÁXIMO. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ARTIGOS 33 E 44 DO CÓDIGO PENAL. IRRETROATIVIDADE DAS DISPOSIÇÕES PREJUDICIAIS DAS LEIS N.º 11.343/06 E 11.464/07. ORDEM CONCEDIDA, INCLUSIVE DE OFÍCIO.

1. Entende a colenda Sexta Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, de forma majoritária, ser viável a combinação de disposições favoráveis de distintas leis a fim de beneficiar o réu (preceito sancionador do art. 12 da Lei n.º 6.368/76 com a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06).

2. A existência de processos em curso não é fundamento hábil para considerar desfavoráveis a personalidade e a conduta social do réu, sob pena de violação ao princípio da presunção de não-culpabilidade.

3. Não tendo sido apresentado qualquer fundamento válido para justificar a redução da reprimenda no patamar mínimo previsto, é de rigor que a pena imposta ao paciente seja diminuída de 2/3 (dois terços), destacando-se a pequena quantidade de droga apreendida em seu poder (54,5g de maco-nha).

4. Como o delito foi cometido na vigência da Lei n.º 6.368/76, não podem retroagir as disposições prejudiciais previstas nas Leis 11.343/06 e 11.464/07, devendo o regime inicial e a possibilidade de substituição da pena serem regidos, respectivamente, pelos artigos 33 e parágrafos e 44 do Código Penal.

²⁰⁸ JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas Anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128.

²⁰⁹ BRASÍLIA. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 91871/RJ. Relatora: Mina. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 01-12-09. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 24 maio de 2010.

5. Tratando-se de pena inferior a 4 anos, de réu primário, de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, é de rigor a fixação do regime aberto e a substituição da reprimenda corporal por medidas restritivas de direitos.

6. Habeas corpus concedido, inclusive de ofício, para reduzir a reprimenda a 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituindo-a por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, que serão melhor individualizadas pelo Juízo das Execuções Penais, caso a pena não tenha sido cumprida integralmente.

Igualmente, a Terceira Câmara Criminal da Corte Catarinense já decidiu²¹⁰:

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – TRÁFICO DE DROGAS – ART. 12, CAPUT, DA LEI N. 6.368/76 – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06 – ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – INOCORRÊNCIA – RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA – ART. 5.º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ART. 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL – POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS – PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DO STJ – RECURSO DESPROVIDO.

No mesmo sentido, destaca-se acórdão da lavra do Des. Torres Marques, em julgamento realizado pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina²¹¹:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI N. 6.368/76. RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO. ACUSADO PRESO EM FLAGRANTE QUANDO REALIZAVA A PESAGEM DE CRACK EM CASA ABANDONADA. LOCAL DESTINADO AO NARCOTRÁFICO. APREENSÃO DE COCAÍNA E CRACK DESTINADOS À MERCANCIA, ALÉM DE BALANÇA DE PRECISÃO E OBJETOS RELACIONADOS AO ACONDICIONAMENTO DA DROGA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA. ART. 5.º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ART. 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS PENALIS. ACUSADO QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS PARA A OBTENÇÃO DA MINORANTE. ADEQUAÇÃO QUE SE IMPÕE. ESTIPULAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO PARA O RESGATE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PROGRESSÃO ESTABELECIDADA COM SUPEDÂNEO NA LEI N. 11.464/07. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

²¹⁰ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. AC n. 2007.029720-2. Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco. Julgado em: 28-2-08. Disponível em: <www.tjsc.jus.br> Acesso em: 24 maio de 2010.

²¹¹ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. AC n. 2008.029125-8. Relator: Des. Torres Marques. Julgado em: 31-10-08. Disponível em: <www.tjsc.jus.br> Acesso em: 24 maio de 2010.

A questão também já foi objeto de decisão no Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CRIMINAL - CORRUPÇÃO DE MENOR - DELITO FORMAL - CONSUMAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME EM COMPANHIA DE MENOR - CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – NÃO AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06 – ASPECTO DA NOVA LEI MAIS BENÉFICO QUE DEVE RETROAGIR EM FAVOR DO RÉU - ARTIGO 18, III DA LEI 6.368/76 - ABOLITIO CRIMINIS - RETROAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA - CONDENAÇÃO DO RÉU NA PENA DE MULTA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 prevê uma causa especial de diminuição da pena que deve ser aplicada aos fatos ocorridos na vigência da Lei 6.368/76, por ser tal aspecto da lei nova mais favorável ao réu, devendo, dessa forma, retroagir para favorecê-lo.

2. A Lei n.º 11.343/06, que revogou expressamente a Lei n.º 6.368/76, ao definir novos crimes e penas, não previu a incidência de majorante na hipótese de associação eventual para a prática dos delitos nela previstos. Logo, diante da abolitio criminis trazida pela nova lei, impõe-se retirar da condenação a causa especial de aumento do art 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, em observância à retroatividade da lei penal mais benéfica²¹².

Uma vez apresentados os pontos relevantes que alicerçam a combinação de leis, passa-se ao exame da forma pela qual é procedido o cálculo da pena. E, com esse enfoque, será analisado o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça Catarinense.

Sustenta-se que, na hipótese de a causa de diminuição de pena inserida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 incidir de forma concomitante com a Lei n. 6.368/76, é necessário haver um limite mínimo para a aplicação da reprimenda ao réu. E isso porque se almeja oferecer tratamento penal isonômico aos réus que façam jus ao redutor de pena, ainda que tenham praticado a mercancia de drogas sob a égide de Diplomas Legais distintos.

Dessa forma, supondo que o réu tenha cometido o crime quando ainda estava vigente a Lei de Drogas de 1976 e que preenche os requisitos necessários para ter sua pena reduzida segundo o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, na hipótese de a minorante retroagir em sua fração máxima (2/3) para incidir sobre a pena mínima da Lei n. 6.368/76 (3 anos), a reprimenda a ser aplicada alcançaria o patamar de 1 (um) ano. Em contrapartida, o traficante que possuísse as mesmas circunstâncias e que tivesse praticado o comércio ilícito sob a égide da Lei n. 11.343/06,

²¹² PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Paraná**. AC n. 480540-1. Relator: Des. Marcus Vinícius Lacerda Costa. Julgamento: 03-07-08. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br> Acesso em: 24 maio de 2010.

teria como pena definitiva 1 (um) ano e 8 (oito) meses se fosse, também, aplicada a redução de pena no grau máximo (2/3).

Diante desse quadro, nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça Catarinense que adotam a combinação de leis para beneficiar o réu, sedimentou-se o entendimento de que a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 sobre a pena da Lei n. 6.368/76 não pode conduzir a reprimenda a patamar inferior a 1 (um) ano e 8 (oito) meses. É o que se extrai da seguinte decisão²¹³:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 6.368/76, ART. 12) – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – A-CAREÇÃO INDEFERIDA – DEMAIS PROVAS QUE ATESTAM A DISPENSABILIDADE DO CONFRONTO DE VERSÕES DOS RÉUS – NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO LAUDO PERICIAL – ACESSO AOS AUTOS PELO ACUSADO ANTES DA APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – PRELIMINARES AFASTADAS [...].

DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PRÓPRIO – INVIABILIDADE – QUATRO RÉUS COM QUANTIA SUPERIOR A CINQUENTA FRASCOS DE LANÇA-PERFUME – DOSIMETRIA – APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006 – DIMINUIÇÃO ADSTRITA A UM ANO E OITO MESES – PRECEDENTES DO STJ.

Demonstrado que a quantidade de drogas apreendidas com os denunciados extrapolam o limite do consumo próprio, e em existindo depoimentos que indiquem o local onde ocorreria o comércio do produto entorpecentes, afasta-se a desclassificação do delito previsto no art. 12 para o do art. 16 da Lei n. 6.368/76 (arts. 33 e 28 da nova Lei de Tóxicos).

Consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível aplicar-se a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Drogas aos crimes praticados na vigência da Lei n. 6.368/76, desde que esta redução alcance o limite de um ano de oito meses [...].

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná já se manifestou:

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI Nº 6.368/76, ART. 12). PLEITO DE ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE - PALAVRA DOS POLICIAIS - CREDIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA - FATO PRATICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA NOVA LEI DE DROGAS - POSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO APENAS DA PARTE QUE BENEFICIA O RÉU - CÁLCULO DA PENA COM BASE NA LEI VIGENTE NA DATA DO FATO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL PREVISTO NA LEI Nº 6.368/76 - APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 - RETROAÇÃO DA NORMA MAIS BENÉFICA - ARTIGO 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, C/C ARTIGO 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL - LIMITE DE UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO [...].

(c) 'Admite-se a retroatividade da lei penal, a ponto de alcançar fatos anteriores, no que se mostre mais favorável ao agente - artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal. Separáveis as partes das normas em conflito, possível é a aplicação do que nelas transpareça como mais benigno.' (STF- HC nº 69033/SP - Rel. Min. Marco Aurélio).

²¹³ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. AC n. 2007.012222-8. Relatora: Des. Salette Silva Sommariva. Julgado em: 16-5-08. Disponível em: <www.tjsc.jus.br> Acesso em: 24 maio de 2010.

(d) A 'causa de redução da pena do parágrafo 4º do artigo 33 (de um sexto a dois terços) parece-nos de indiscutível aplicação retroativa, tendo como patamar inferior limitador a pena de um ano e oito meses (que é a pena mínima cominada pela nova lei para o injusto penal contemplado no referido parágrafo).' (GOMES, Luiz Flávio. Traficante primário e diminuição da pena por força da nova lei de drogas)²¹⁴.

Logo, observa-se que, de acordo com o entendimento exposto neste item, no âmbito da combinação de leis a retroação do benefício do 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, para ser aplicado sobre a pena da Lei 6.368/76, não pode guiar a diminuição da pena para patamar inferior a 1 (um) ano e 8 (oito) meses.

4.3.2 A irretroatividade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06

A segunda hipótese a ser estudada diz respeito à impossibilidade de a causa especial de diminuição de pena incidir no cálculo da sanção penal a ser aplicada ao réu que praticou o crime de tráfico ilícito de drogas quando ainda estava vigente a Lei n. 6.368/76. O enfoque da questão será procedido por meio da exposição dos argumentos defendidos em decisão julgada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujas razões serão reproduzidas em momento oportuno deste trabalho.

Argumenta-se que o redutor de pena está previsto em contexto legal distinto daquele observado na Lei n. 6.368/76. E isso porque, quando contraposta ao Diploma Legal revogado, conclui-se que a Lei n. 11.343/06 agravou consideravelmente a situação daqueles que praticam o crime de tráfico de drogas. O § 4º do art. 33 da última lei mencionada, que beneficia o réu primário e sem envolvimento com atividades criminosas ou organização criminosa, é exceção.

Dessa forma, como um contrapeso, a minorante foi incluída na nova Lei de Drogas em razão da exacerbação da pena mínima cominada ao crime de tráfico. A sanção penal, que na Lei 6.368/76 era de 03 (três) a 05 (cinco) anos de reclusão e 30 (trinta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, passou a ser de 05 (cinco) a 15

²¹⁴ PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Paraná**. AC n. 558686-7. Relator: Juiz Rui Portugal Bacellar Filho. Julgamento: 16-07-09. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br> Acesso em: 24 maio de 2010.

(quinze) anos de reclusão, acrescido do pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa²¹⁵.

Diante disso, sustenta-se que, por meio da causa especial de diminuição de pena, a atual Lei de Drogas inovou ao incluir no ordenamento jurídico a distinção entre o traficante contumaz e o ocasional, e afirma-se que não é admissível retroagir o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 para reger situação jurídica que não era prevista no antigo regramento de drogas, sobretudo porque a Lei n. 6.368/76 não diferenciava o réu primário, de bons antecedentes e sem envolvimento criminal.

O raciocínio acima delineado foi extraído de decisão colegiada, julgada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra da Dra. Lúcia de Fátima Cerveira, cujo voto condutor versa da seguinte forma²¹⁶:

Quanto ao redutor de pena previsto pelo artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ele está inserido em um contexto distinto daquele observado na lei em cuja vigência o réu foi condenado (Lei 6.368/76).

A Lei nº 11.343/06 possui um conjunto de normas novas, todas mais gravosas (com exceção do artigo 33, § 4º). A referida norma prevê a possibilidade de redução da pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Tal dispositivo foi incluído na nova Lei de Drogas porque a pena mínima cominada ao delito de tráfico foi alterada para patamar superior – 05 anos de reclusão, ao da Lei anterior, n.º 6.368/76, que era de 03 anos de reclusão, para beneficiar os réus sem antecedentes ou envolvimento em atividades ou organizações criminosas.

Desse modo, penso que não se pode fazer retroagir apenas um parágrafo da lei nova mais favorável, e aplicá-la conjuntamente com o artigo da lei anterior (mais benéfica na pena cominada ao tipo), que foi criada para abrigar situação diversa, em que não diferenciava o réu primário, de bons antecedentes e sem envolvimento criminal.

Nesta linha conclui-se que o referido parágrafo só retroagiria se fosse possível fazer retroagir todo o conjunto em que está inserido.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu²¹⁷:

CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COM O EXTERIOR – CONDENAÇÃO COM BASE NA LEI 6368/76 – EXECUÇÃO – PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA CONSTANTE NA LEI 11.343/06 – INDEFERIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO – DECISÃO FUNDAMENTADA QUE NEGA A APLICAÇÃO DA REGRA DE DIMINUIÇÃO DE PENA POR ENTENDER NÃO ESTAREM PRESENTES OS REQUISITOS NECESSÁRIOS E NÃO PORQUE O JUÍZO DA EXECUÇÃO É INCOMPETENTE – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA REGRA DO PARÁGRAFO 4º. DO ARTIGO 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS - SE AS PENAS FORAM FIXADAS COM BASE NA LEI 6368/76, QUE É MENOS

²¹⁵ GOMES, Luiz Flávio (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA; Rogério Sanches; Oliveira; William Terra de. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 186.

²¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. AC n. 70019032622. Relatora: Dra. Lúcia de Fátima Cerveira. Julgamento: 09-12-08. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 24 maio de 2010.

²¹⁷ RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. RA n. 470-09. Relatora: Desa. Fátima Clemente. Julgamento: 08-09-09. Disponível em: <www.tjrj.jus.br> Acesso em: 24 maio de 2010.

RIGOROSA, NÃO HÁ FALAR EM RETROATIVIDADE DA LEI NOVA MAIS GRAVOSA – IMPOSSIBILIDADE DA CRIAÇÃO DE UMA TERCEIRA LEI PELO JUIZ – REGRA DE HERMENÊUTICA QUE ENSINA QUE O PARÁGRAFO SEGUE O CAPUT E COMO TAL NÃO PODE SER APLICADO A OUTRO DISPOSITIVO QUE NÃO ÀQUELE AO QUAL ESTÁ VINCULADO – O ARTIGO 2º. DO CÓDIGO PENAL SE REFERE A ABOLITIO CRIMINIS E PORTANTO NÃO SE APLICA A HIPÓTESE – A IMENSA QUANTIDADE DE DROGA E AS CONDIÇÕES DA PRISÃO DEMONSTRAM QUE O AGRAVANTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS - DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO DESPROVIDO.

Sendo assim, não se perdendo de vista o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, partindo-se da premissa de que a causa especial de diminuição de pena está intimamente relacionada com o aumento da pena cominada ao delito de tráfico de drogas, o benefício somente poderia retroagir em conjunto com a integralidade da Lei 11.343/06. Todavia, uma vez que esse Diploma Legal é mais rigoroso, tal hipótese não é possível de ser aplicada, sob pena de inobservância ao princípio constitucional da irretroatividade *in pejus*.

4.3.3 A retroatividade da pena calculada com base na reprimenda cominada na Lei n. 11.343/06

A última hipótese a ser analisada refere-se à retroatividade da pena computada conforme limites definidos na Lei n. 11.343/06, quando se apresentar mais benéfico do que o *quantum* da reprimenda alcançado com base nos parâmetros da Lei n. 6.368/76. Tal entendimento decorre dos seguintes aspectos: a) o juiz não pode realizar a conjugação de leis penais para beneficiar o réu, sob pena de estar criando nova norma penal; e b) a causa de diminuição de pena está diretamente relacionada com a essência do tratamento penal atribuído ao traficante na nova Lei de Drogas²¹⁸.

²¹⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de Drogas**. São Paulo: Método, 2007. p. 100.

Mendonça e Carvalho²¹⁹ sustentam que a retroação isolada do redutor da Lei de Drogas de 2006 importa na violação dos princípios constitucionais da separação de poderes e da isonomia. É oportuno destacar seus argumentos:

Em relação à separação de poderes, decorre do art. 2º da CF que, preponderantemente, incumbe ao Poder Legislativo criar as leis, ao Executivo executá-las e ao Judiciário solucionar, com caráter de definitividade, os conflitos surgidos no seio social sobre a aplicação das leis criadas. Assim, salvo exceções previstas no próprio texto constitucional, não se admite que o Poder Judiciário legisle, atuando como legislador positivo, criando uma terceira disposição legal legislativa (*lex tertia*), não prevista sequer pelo Poder Legislativo [...].

Ademais, não bastasse o afrontamento ao princípio da separação de poderes, haveria também violação ao disposto no art. 5º, *caput* e inciso I, ambos da CF. A se admitir a aplicação retroativa da causa de diminuição, sem qualquer razão de *discrimen* razoável, estar-se-ia concedendo tratamento penal mais benevolente aos agentes que praticaram o delito antes da nova Lei, em detrimento daqueles que praticassem o mesmo fato, mas após a entrada em vigor desta [...].

Corroborando esse entendimento, colhe-se das lições de Jesus²²⁰ que a causa especial de diminuição foi criada para abrandar a severidade da Lei n. 11.343/06, de modo que a redução de pena está “vinculada aos novos limites mínimo e máximo previstos no *caput* do art. 33 da Lei”, e é por essa razão que não se admite a incidência do redutor sobre a pena cominada na Lei n. 6.368/76.

Novamente mostra-se necessário reportar-se às lições de Mendonça e Carvalho²²¹:

Neste passo, importante analisar se a causa de diminuição de pena em estudo poderá retroagir para beneficiar aqueles que praticaram fatos anteriores à nova Lei de Drogas. Em uma análise rápida, poder-se-ia imaginar que a disposição retroagiria de maneira incondicional. Não é, porém, a melhor interpretação.

Este dispositivo, como dito acima, foi criado para mitigar, de certa forma, o rigor da nova Lei de Drogas, que aumentou sensivelmente a pena mínima dos delitos previstos no art. 33, *caput* e § 1º. Assim, há uma correlação lógica e necessária entre o aumento da pena mínima destes delitos e a criação da minorante. Justamente por isto, o intérprete não pode desconsiderar este elo, aplicando retroativamente apenas a nova causa de diminuição, sob pena de estar criando uma disposição não prevista pelo legislador.

Nesse sentido, segundo Greco e Rossi²²², ao interpretar as normas jurídicas, o operador do direito deve buscar a essência do comando normativo, a qual é

²¹⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de Drogas**. São Paulo: Método, 2007. p. 99-100.

²²⁰ JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas Anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128.

²²¹ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de Drogas**. São Paulo: Método, 2007. p. 99.

²²² GRECO FILHO, Vicente; ROSSI, João Daniel, 2007 apud JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas Anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128-129.

alcançada por meio da “identificação do ponto de relevância hermenêutica de cada item e dela mesma, consistente na essência de sua vontade, ou seja, o que a norma quer hoje, porque hoje é que está sendo cumprida”. Dessa forma, o “ponto de relevância hermenêutica do § 4º do art. 33, a sua vontade essencial, é da possibilidade de uma redução porque a pena é ou foi aplicada a partir de cinco anos”. Logo, é sobre essa pena base que o julgador deve proceder a redução da pena infligida àqueles que comercializaram ilicitamente drogas quando estava vigente a Lei n. 6.368/76.

Diante desse quadro, Jesus²²³ propõe que o juiz deve verificar, de maneira comparativa, qual a pena mais favorável ao réu que foi condenado por tráfico ilícito de drogas praticado sob a égide da Lei n. 6.368/76. Para tanto deve ser realizada a dosimetria da pena privativa de liberdade conforme os limites cominados no art. 12 da Lei n. 6.368/76. Posteriormente, o magistrado deve verificar qual seria a sanção a ser aplicada com base no art. 33 da Lei n. 11.343/06, aplicando, nessa hipótese, a causa de diminuição de pena do respectivo § 4º. Logo, uma vez verificado o patamar que a pena irá alcançar de acordo com os ditames de cada diploma legal, o juiz deverá eleger aquela que se apresenta mais benéfica ao réu e aplicá-la. O Autor exemplifica o raciocínio da seguinte forma:

Assim, por exemplo, se o réu merecer pena mínima nas duas primeiras fases da dosimetria, esta será de três anos de reclusão à luz do preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76 e de cinco anos pela nova Lei, que, reduzidos na terceira fase em decorrência do § 4º, resultariam em um ano e oito meses (diminuição máxima) até quatro anos e dois meses (diminuição mínima). Nota-se, daí, que o juiz terá que aferir, no caso concreto, qual a redução a que faria jus o acusado pela nova Lei. Se, por exemplo, merecesse o redutor máximo (pena final de um ano e oito meses), deverá ser esta a sanção a se aplicar; caso, entretanto, faça jus à diminuição mínima (pena final de quatro anos e dois meses), deverá ser condenado a três anos, como manda o art. 12 da Lei anterior.

O tema já foi objeto de julgamento na Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

PENAL E PROCESSUAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PERMANENTE PARA O TRÁFICO – ARTIGOS 12 E 14 DA LEI N. 6.368/76 – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – NEGATIVA DA AUTORIA ISOLADA DO CONTEXTO PROBATÓRIO – INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE CONVENCEM DO NARCOTRÁFICO E DA ASSOCIAÇÃO PERMANENTE – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVA – IMPOSSIBILIDADE – CO-RÉ CONDENADA PELO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006 – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO PARA CONDENAR A CO-RÉ PELO NARCOTRÁFICO – DOSIMETRIA – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA PELO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06 – AGENTE QUE FAZ JUS

²²³ JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas Anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

À BENESSE – DELAÇÃO PREMIADA – APLICABILIDADE – ARTIGO 41 DA LEI N. 11.343/2006 – CONTRIBUIÇÃO DA APELADA QUE FOI DETERMINANTE PARA A SOLUÇÃO DO CRIME – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE DA LEI NOVA MAIS BENÉFICA – CONCESSÃO DO SURSIS – NOVA LEI DE DROGAS QUE VEDA A APLICAÇÃO DA BENESSE – PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEX SEVERIOR – CASO EXCEPCIONAL – REQUISITOS DO ARTIGO 77 DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS – CONTRARRAZÕES – PEDIDO – NÃO CONHECIMENTO [...].

Satisfazendo os requisitos da causa especial de diminuição da pena prevista pela Nova Lei de Drogas, somente haverá a retroatividade quando a fração matemática a ser dosada se apresente mais benéfica que a pena fixada de acordo com o preceito secundário do artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

No tráfico de entorpecentes, em casos especiais, é possível, a concessão do sursis, desde que o crime tenha sido praticado anteriormente à vigência da Nova Lei de Drogas.

Em contrarrazões, não cabe ao apelado formular pedido, mas, somente, rebater os argumentos expostos pelo apelante, pena de não conhecimento²²⁴.

A aludida decisão colegiada tem como parte da fundamentação os seguintes argumentos:

A outra, no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, que é especial causa de diminuição para o agente primário, de bons antecedentes, não dedicado às atividades criminosas nem partícipe de organização criminosa. A respeito da inovação dessa última, assim se posicionam Luiz Flávio Gomes e outros:

"No delito de tráfico (art. 33, caput) e nas formas equiparadas (§ 1.º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles inviável a benesse legal" (Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 165). Em cada caso a dosagem da redução (um sexto a dois terços), se submete aos pressupostos da natureza e da quantidade da substância, bem como da personalidade e da conduta social do agente (art. 42 da Lei n. 11.343/06) [...].

Contudo, a aplicação direta das causas especiais de diminuição da pena (art. 33, § 4º, e art. 41, ambos da Lei n. 11.343/2006) à pena concretizada sob a égide da Lei n. 6.368/76, implicaria em afronta ao princípio da isonomia, haja vista a resposta penal para condenados pelo mesmo crime nas mesmas condições, mas consumados em momentos diferentes, seria diversa. Exemplificando:

"Ocorre que 'A' comete o crime um dia antes da vigência da Novíssima Lei. Para ele não existe redução e a pena mínima é de três anos. Já 'B' incide na conduta de tráfico um dia após a vigência da Lei n. 11.343/2006. Assim, haverá possibilidade de redução e a pena mínima é de cinco anos.

"Agora pensemos: se ambos tiverem as mesmas características delituosas, isto é, presos em flagrante quando vendiam qualquer droga na mesma quantidade, sendo primários, com bons antecedentes, nunca com dedicação ao ilícito e nem integrantes de organização criminosa, seria justo 'A' ter a pena fixada em três anos e 'B' em um ano e oito meses? Penso que não. Como entendo não ser justo 'A' ter uma pena de apenas um ano (com a in-

²²⁴ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. AC n. 2008.032404-5. Relator: Des. Amaral e Silva. Julgamento: 25-08-09. Disponível em: <www.tjsc.jus.br> Acesso em: 24 maio de 2010.

cidência da fração em seu máximo), pois esta circunstância nasceu apenas em razão do aumento da pena de tráfico pela Nova Lei" (DE BEM, Leonardo Schmitt. A Causa Especial de Diminuição de Pena da Nova Lei de Drogas. Congresso Catarinense de Direito e Processo Penal, Primeiro: 2007, Florianópolis).

Também, é de se ter em consideração a nova política criminal de combate aos crimes relacionados a entorpecentes, que motivou o legislador à apenar com maior severidade o narcotráfico.

O surgimento da Nova Lei, diferenciou o pequeno, o médio e o grande traficante, punindo com maior rigor o traficante profissional, ao aumentar a pena mínima de 3 (três) anos para 5 (cinco) anos de reclusão.

A respeito da política criminal adotada pelo legislador no controle do narcotráfico de se citar João José Leal:

"De maior significado penal, no entanto, foi o aumento da pena mínima de três para cinco anos de reclusão e da pena pecuniária (500 a 1.500 dias-multa), a serem aplicadas ao traficante, agente da forma básica do tipo penal em exame.

"A nosso ver, o recrudescimento da repressão ao tráfico representa uma resposta do legislador ao sentimento de insegurança e de medo que impera nos grandes aglomerados urbanos de nosso país. Ninguém pode desconhecer a realidade urbana e delinqüencial brasileira. Zonas ou bairros periféricos, marginalizados ou favelizados de nossas grandes cidades, geralmente, são espaços urbanos tomados (ou de circulação controlada) por quadrilhas organizadas do tráfico ilícito de drogas.

"O mais grave é que a criminalidade ali verificada não se restringe apenas e propriamente ao crime de tráfico. Este tem sua operacionalização intimamente associada – seja como causa ou conseqüência - à violência sempre crescente dos assassinatos e execuções, que são responsáveis por verdadeiros genocídios da marginalidade urbana. Estes, por sua vez, são componentes inevitáveis das violentas guerras urbanas travadas entre quadrilhas rivais pelo do comando da sinistra rede de distribuição das drogas.

[...]

"Se houve aumento da pena mínima cominada, é preciso ressaltar que, em contrapartida, houve também abrandamento da repressão legal em relação ao condenado primário e de bons antecedentes. Em conseqüência, a Lei Antidrogas criou uma causa de redução de pena – de um sexto a dois terços (art. 33, § 4º) – para beneficiar o delinqüente do primeiro crime e distingui-lo do traficante reincidente e integrante de quadrilhas ou organizações criminosas. Assim sendo, a lei garante ao primário e de bons antecedentes um incentivo penal para abandonar a prática do tráfico" (LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Nova política criminal e controle do crime de tráfico ilícito de drogas. Jus Navigandi, Teresina, a. 11, n. 1435, 2007. Disponível em: Acesso em 6.8.2009).

Por tais argumentos, presentes os requisitos das causas especiais de diminuição da pena previstas pela Nova Lei de Drogas, entendo que somente haverá a retroatividade quando a fração matemática a ser aplicada se apresentar mais benéfica que a pena fixada de acordo com o preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também adota o entendimento acima delineado. Confira-se:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RETROAÇÃO DA LEI PENAL NOVA MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE SE APLICADA EM SUA INTEGRALIDADE. REGIME ABERTO INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Pela interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, verifica-se que a nova tipificação das condutas, anteriormente definida no art. 12 da Lei

6.368/76, tem como preceito secundário um espectro de pena que varia de 1 ano e 8 meses a 15 anos de reclusão. Isso porque a pena mínima para as chamadas "condutas típicas do tráfico" é de 20 meses, se considerarmos a maior redução (2/3) inserta no § 4º, incidente sobre o menor tempo de cumprimento de pena previsto no *caput* do art. 33 (5 anos).

2. Não se pode fazer uma "simbiose" de duas normas, gerando uma terceira não-legislada, ainda que para beneficiar o réu.

3. É imprescindível indagar qual a lei apresenta-se mais favorável ao condenado, levando-se em consideração o reconhecimento das circunstâncias judiciais constantes da sentença condenatória.

4. Para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, faz-se necessário que a pena-base seja fixada acima do mínimo legal, por meio de motivação idônea, com demonstração concreta das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que, necessariamente, devem ser desfavoráveis ao réu. 5. Esse entendimento, todavia, no que tange aos delitos relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, só tem aplicação aos tipos cometidos anteriormente à vigência da Lei 11.464, de 28/3/07, haja vista que esse diploma legal preconizou que nos crimes dessa espécie a pena deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado.

6. Considerando que, no caso concreto, (a) a traficância antecedeu a citada alteração legislativa, (b) o réu é primário e (c) a pena-base foi fixada no mínimo legal (por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis), impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda aplicada por tráfico ilegal de drogas, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal.

7. Ordem concedida para determinar que o Juízo da Execução analise a possibilidade de aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em sua integralidade, se tal redução for mais favorável ao paciente, bem como para fixar o regime inicial aberto²²⁵.

Logo, tendo em vista o princípio da retroatividade da lei mais favorável ao réu, a causa de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 poderá retroagir para alcançar os crimes que foram cometidos durante a vigência da Lei de Drogas de 1976, desde que o redutor tenha como parâmetro a pena prevista no atual Diploma normativo. Desse modo, "o juiz deverá optar por uma das normas disponíveis e não combiná-las, posto que a opção por uma exclui a aplicação da outra; o dever do julgador é aplicar a norma mais benigna, não meia-norma"²²⁶.

Da análise das informações que alicerçam as três hipóteses apresentadas, o presente trabalho filia-se à última tese examinada. E isso porque tal vertente interpretativa busca aplicar o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, sem perder de vista o contexto em que está inserido o redutor de pena.

Conforme já demonstrado, a nova Lei de Drogas recrudescer o tratamento penal infligido ao traficante na medida em que exacerbou a pena mínima dos cri-

²²⁵ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 154.140/MG. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgamento: 17-03-2010. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 24 maio de 2010.

²²⁶ GENTIL, Plínio Antônio Britto. Tóxicos – Lei de Drogas: Novas Polêmicas. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. n. 21, p. 25-35, dez./jan. 2008.

mes previstos no seu art. 33, *caput* e § 1º. Desse modo, tendo em vista a política criminal relativa ao traficante, a causa especial de diminuição de pena tem a função de atenuar o rigor da nova norma quando aplicada a réu primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e tampouco componha organização criminosa. Logo, apesar da existência de entendimentos contrários, conclui-se que o redutor de pena somente pode ser aplicado concomitantemente com as disposições da Lei n. 11.343/06.

Assim, entende-se que a combinação de leis não se mostra adequada, porquanto, ao proceder dessa forma, o julgador não está atento para o fato de que o comando normativo de 2006 essencialmente buscou agravar a resposta punitiva ao traficante. Como consequência desse raciocínio, a retroatividade isolada da causa especial de diminuição de pena não observa a finalidade para a qual esse redutor foi criado, já que a pena cominada na Lei n. 6.368/76 é significativamente mais amena do que a prevista na Lei n. 11.343/06.

Inobstante existirem entendimentos em sentido contrário, conclui-se que a conjugação de leis importaria na criação de terceira norma com característica particular, já que não se concretizaria o intento almejado pelo legislador, tanto em relação à Lei n. 6.368/76 quanto no que diz respeito à Lei n. 11.343/07, haja vista que o seu resultado seria uma pena em patamar ínfimo, que não previsto em nenhum dos dois Diplomas Legais.

O esclarecimento do tema em estudo deve guiar-se pela aplicação do princípio da retroatividade da lei mais favorável ao réu. Desta forma, uma vez já definido que a causa especial de diminuição de pena trata-se de inovação benéfica ao réu e está relacionada com as demais disposições da Lei n. 11.343/06, parece ser mais adequado realizar o cômputo da pena segundo os limites deste Diploma Legal e aplicar retroativamente o *quantum* alcançado quando se apresentar mais favorável ao acusado do que o patamar da pena computado conforme as diretrizes da Lei n. 6.368/76.

Procedendo dessa forma, o julgador irá aliar a aplicação do princípio da retroatividade com a essência do contexto normativo em que a causa de diminuição de pena abordada está incluída, qual seja, recrudescer o tratamento penal atribuído ao traficante.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho acadêmico examinou a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/76 quanto aos crimes praticados na vigência da Lei n. 6.368/76.

A aplicação da lei penal é condicionada à observância do princípio da anterioridade, em razão de que a norma somente pode reger um fato determinado caso tenha sido instituída antes da conduta a que se visa punir. Logo, frente ao conflito de leis penais no tempo, a regra que deve ser aplicada é a da irretroatividade da lei penal, sobretudo quando irá prejudicar o réu. Contudo, foi observado que tal premissa é relativizada para permitir a retroatividade *in mellius*, ou seja, é possível que uma norma alcance situação jurídica que tenha se concretizado em momento anterior à sua vigência, conforme preceitua o art. 5º, inciso XL, da Constituição da República.

Pôde-se observar que o objeto de estudo do presente trabalho enquadra-se no conflito de leis penais intitulado de *novatio legis in mellius*. É que a Lei n. 11.343/06 manteve a incriminação do tráfico de drogas concedendo ao infrator tratamento penal mais favorável, na medida em que previu a causa especial de diminuição de pena àquele que preenche os requisitos elencados no § 4º do art. 33 do mencionado Diploma Legal.

No âmbito da sucessão de leis penais no tempo, concluiu-se que o julgador não pode fazer uso da conjugação de normas a fim de extrair de cada uma as parcelas que são mais favoráveis ao réu, haja vista a violação ao princípio da legalidade. Dessa forma, não obstante os entendimentos contrários apresentados, o juiz deve avaliar qual a lei que é, no seu conjunto, integralmente mais benéfica ao réu e aplicá-la no caso concreto, sob pena de não ser atingida a finalidade a que o legislador visava quando da edição de cada comando normativo.

Averiguou-se que, de acordo com o art. 59 do Código Penal, a pena criminal tem como finalidade reprovar a conduta ilícita praticada e prevenir a ocorrência de futuros crimes. Nesse contexto, verificou-se que os princípios constitucionais relativos à pena têm a função de limitar a atuação do Poder Estatal no âmbito da resposta punitiva ao criminoso, de modo a lhe assegurar os seus direitos e garantias fundamentais. Foi observado que a pena aplicada deve ser satisfatória para prevenir a ocorrência de ilícitos penais e repreender os delitos praticados.

Igualmente verificou-se que a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 alterou a política criminal sobre drogas no Brasil, inserindo no ordenamento jurídico medidas de prevenção ao uso indevido e de ressocialização do usuário, bem como de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Desse modo, no que diz respeito ao tratamento penal infligido ao tráfico, demonstrou-se que o legislador agravou a resposta repressiva e, para tanto, exacerbou a pena cominada ao crime. Em contrapartida, a nova Lei de Drogas inseriu no ordenamento jurídico a causa especial de diminuição da pena a ser aplicada ao traficante ocasional, a qual tem a função de atenuar a severidade da norma aplicada quanto ao réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas e tampouco integre organização criminosa.

Outro aspecto relevante estudado foram as etapas de individualização da pena, sobretudo no que diz respeito à esfera judicial. E isso porque, nesse campo, o exame da aplicação da pena permitiu contextualizar a incidência da causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/76 no cálculo da pena.

O conjunto das informações colhidas ao longo do presente trabalho permitiu examinar a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 aos delitos cometidos na vigência da Lei 6.368/76, oportunidade em que foram demonstrados e confrontados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

A primeira possibilidade estudada defende a aplicação incondicional da causa especial de diminuição de pena aos delitos ocorridos na vigência Lei n. 6.368/76, de modo a ser permitida a conjugação de leis penais para favorecer o réu. Dessa forma, segundo os partidários desse entendimento, tendo em vista que o mencionado redutor de pena é benéfico ao réu, a integração entre as duas normas deve ser procedida em atenção ao princípio da retroatividade. Cumpre destacar que, segundo a jurisprudência colacionada, a retroação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não pode conduzir à pena em patamar inferior à 1 ano e 8 oito meses, pois essa é a pena mínima a ser aplicada aos réus que cometeram o tráfico ilícito caso façam jus ao benefício.

A segunda hipótese analisada diz respeito à impossibilidade de o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 retroagir para ser aplicado aos delitos cometidos na vigência da Lei n. 6.368/76. Demonstrou-se que essa vertente interpretativa sustenta que a causa especial de diminuição de pena está relacionada ao aumento da reprimenda.

menda cominada ao crime de tráfico de drogas, de modo que o benefício somente poderia retroagir se, e somente se, fosse aplicado de forma conjunta com a Lei n.11.343/06, o que conclui não ser possível sob o argumento de que, de modo geral, tal diploma se apresenta mais gravoso ao apenado.

A última tese abordada defende a retroatividade da pena calculada com base na reprimenda cominada na Lei 11.343/06. Esse é o posicionamento adotado no presente trabalho acadêmico

Conforme já demonstrado, uma vez que a Lei n. 11.343/06 agravou o tratamento penal infligido ao traficante, a causa especial de diminuição de pena tem a função de atenuar o rigor da nova norma a ser aplicada ao réu que satisfaça os requisitos insertos no § 4º do art. 33 do mencionado comando normativo. A partir dessa premissa, pôde-se concluir que o redutor de pena somente deve ser aplicado conjuntamente com as disposições da Lei 11.343/06.

Logo, a combinação de leis não deve ser operada, porquanto, ao proceder dessa forma, o julgador não está atento para o fato de que a Lei de Drogas de 2006 objetivou agravar a resposta punitiva ao traficante. Dessarte, a retroatividade isolada da causa especial de diminuição de pena não leva em consideração a finalidade para a qual foi criada, já que a pena cominada na Lei 6.368/76 é significativamente mais amena do que a Lei n. 11.343/06.

Não obstante existirem posicionamentos em sentido contrário, entende-se não ser cabível a conjugação de leis, visto que o juiz, ao proceder desse modo, está criando terceira norma que não contém o intento almejado pelo legislador, tanto em relação à Lei 6.368/76 quanto no que diz respeito à Lei n. 11.343/06. E isso porque, de acordo com o demonstrado no presente trabalho, a combinação de leis conduz a pena a patamar ínfimo, que não é previsto em nenhum dos regramentos.

Com efeito, é mais adequado que se proceda a retroatividade do redutor de pena acompanhado com os limites da pena definidos na Lei n. 11.343/06. Dessa forma, a reprimenda deverá retroagir quando for mais benéfica do que aquela alcançada com o cálculo procedido conforme os ditames da Lei 6.368/76.

Dessarte, esse posicionamento se mostra mais adequado em razão de reunir a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica com o contexto da política criminal da Lei 11.343/06, no qual o redutor de pena está inserto, qual seja, infligir ao traficante tratamento penal mais rigoroso.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Danúbia Fabiana Silva de. A Finalidade da pena no direito penal brasileiro. **ESMASPE**, Pernambuco, v. 9, n. 20, p. 223-252, jul./dez. 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Tóxicos: Aspectos Processuais**. 2. ed. Goiânia: AB, 2002.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas: Comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=118613>> Acesso em 10 abril. 2010.

_____. **Decreto n. 780, de 28 de abril de 1936**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=28173>> Acesso em 10 abril. 2010.

_____. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Institui o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acesso em 10 abril. 2010.

_____. **Decreto-Lei n. 891, de 25 de novembro de 1938**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=34785>> Acesso em 10 abril. 2010.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 24 maio. 2010.

_____. **Decreto-Lei n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932.** Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=42869>> Acesso em 10 abril. 2010

_____. **Código Penal, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 30 abril. de 2010.

_____. **Lei 6.368/76, de 21 de outubro de 1976.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm> Acesso em 18 abril. 2010.

_____. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em 14 abril. 2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático.** 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

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

GENTIL, Plínio Antônio Britto. Tóxicos – Lei de Drogas: Novas Polêmicas. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal.** n. 21, p. 25-35, dez./jan. 2008.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada.** 3. 3d. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches. **Nova Lei de Drogas Comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Reformas Penais (XVII): Nova lei de tóxicos**. Disponível em <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:yHl9YcMWe6sJ:www.juspodivm.com.br/i/a/%257B82F86FAB-1713-40F4-9A80-29174BEF7232%257D_041.pdf+luiz+fl%C3%A1vio+gomes+drogas&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESjZod7ce7e0Vz8R_hZoTrGBU9A08kq1kvHBdehS5oSIW1W4gChdCPhrwddE5z4HghMR2Cxx14iIVWaqGiAakkRDCAM5ceB2KXaHQEyqopIF9VTIQImcMaXzRrkweYWztIH5tPk&sig=AHIEtbSZFCjoV76A7FcpGEAluZZAU_2BNA> Acesso em: 18 de abril de 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção – Repressão**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. v. I Rio de Janeiro: Impetus.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte geral**. v. I. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JORGE, William Wanderley. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINHO, Alexandre Araripe; Freitas, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas**. São Paulo: Método, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br>

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br>

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

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral.** vol. 1. São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** v. 1. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 200.