UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/06 AOS CRIMES PRATICADOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº. 6.368/76

ALUNO: FERNANDO MEDEIROS FERREIRA

Florianópolis (SC), novembro de 2008.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/06 AOS CRIMES PRATICADOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº. 6.368/76

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: PROFESSORA MARILDA MACHADO LINHARES

Florianópolis (SC), novembro de 2008.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A Presente monografia, intitulada “A aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº. 11.343/06 aos crimes praticados na vigência da Lei nº. 6.368/76”, elaborada pelo acadêmico Fernando Medeiros Ferreira e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, _____/_____/_____.

_____
Marilda Machado Linhares

_____
Marshal Luís Schwalb

_____
Des. Solon d’Eça Neves

AGRADECIMENTOS

Dedico o presente trabalho acadêmico a todos que, de algum modo, contribuíram para que fosse concluído no prazo estipulado.

Dentre estes, agradeço especialmente à minha família, que sempre me apoiou e me incentivou para que chegasse a esse momento, e agradeço a Deus.

Agradeço, ainda, à minha orientadora, Prof.ª Marilda Machado Linhares, pelos conselhos e palavras de incentivo que muito me ajudaram a dirimir dúvidas e clarear o caminho para a conclusão do trabalho.

Agradecimento importante dedico ao meu chefe, Fernando Schüller, e ao companheiro de trabalho e amigo Marshal Luís Schwalb, sobretudo em razão da compreensão pelo tempo dedicado ao presente trabalho e, ainda, ao Desembargador Solon d'Eça Neves, que muito contribuiu com a pesquisa nas diversas conversas que mantivemos sobre o tema.

Ao final, mas não menos importante, agradeço aos meus amigos, pessoas de especial importância em minha vida, sobretudo ao amigo Mário Sérgio Simas, grande conhecedor do tema e incentivador, e agradeço, por último, à minha companheira Rafaela, que sempre esteve ao meu lado e contribuiu de forma incalculável para a conclusão do trabalho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico busca verificar se a causa especial de diminuição de pena estatuída no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 deve incidir sobre a pena aplicada com base no *quantum* abstrato previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76 ou sobre a reprimenda calculada com fulcro na cabeça do art. 33 do estatuto vigente. Desse modo, são estudados os princípios que norteiam a aplicação da lei penal no tempo, assim como os elementos e circunstâncias que comportam análise por ocasião da fixação das penas. Ao fim, estuda-se a Nova Lei de Drogas, com atenção ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes e à causa especial de diminuição supramencionada, a fim de demonstrarem-se, no final, as hipóteses de aplicação retroativa do benefício aos que cometeram o delito de tráfico de drogas na vigência da Lei n. 6.368/76.

Palavras-chave: Leis n. 6.368/76 e n. 11.343/06. Retroatividade da Lei mais benéfica. Tráfico de drogas. Causa especial de diminuição pena.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 7
MÉTODO DE ABORDAGEM 9
MÉTODO DE PROCEDIMENTO 9
TÉCNICAS DE PESQUISA 9
1 APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO E PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA PENAL MAIS GRAVOSA 10
1.1 NASCIMENTO E REVOGAÇÃO DA LEI PENAL 10
1.2 PRINCÍPIOS RELATIVOS À APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL NO TEMPO 17
1.2.1 Novatio legis incriminadora 24
1.2.2 Novatio legis in pejus 25
1.2.3 Abolitio criminis 28
1.2.4 Novatio legis in mellius 34
1.3 COMBINAÇÃO DE LEIS 38
2 DA APLICAÇÃO DA PENA E DAS CAUSAS DE ESPECIAL AUMENTO E DIMINUIÇÃO 41
2.1 CONCEITOS, FUNDAMENTOS E TEORIAS DA PENA 41
2.1.1 Teorias absolutas 41
2.1.2 Teorias relativas 43
2.1.3 Teorias unitárias ou ecléticas (mistas) 45
2.1.4 Conceitos, características e princípios da pena 46
2.2 ETAPAS DO DINAMISMO DA PENA – COMINAÇÃO E APLICAÇÃO 50
2.3 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE 51
2.4 APLICAÇÃO DA PENA *IN CONCRETO* 55
3 AS INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE TÓXICOS E O BENEFÍCIO DO § 4º DO ART. 33, DA LEI Nº. 11.343/06 62
3.1 ANTECEDENTES DA LEI N. 11.343/06 – LEIS ESPARSAS, LEI N. 6.368/76 E LEI N. 10.409/02 62
3.2 A LEI N. 11.343/06, O CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 70

3.2.1 Visão geral da Lei n. 11.343/06 70
3.2.1 Do crime de tráfico de drogas do art. 33 da Lei n. 11.343/06 71
3.2.2 Causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 .. 75
3.3 A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 AOS CRIMES DA LEI N. 6.368/76 85
3.3.1 Primeira Hipótese: Impossibilidade de retroação do benefício do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 87
3.3.2 Segunda Hipótese – Retroação sobre o quantum da Lei n. 6.368/76 91
3.3.3 Terceira Hipótese: Retroação calculada sobre o quantum da Lei n. 11.343/06 100
CONCLUSÕES 111
REFERÊNCIAS 115

INTRODUÇÃO

Com o advento da edição da Lei nº. 11.343 no ano de 2006, que revogou a antiga legislação de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes – Lei nº. 6.368/76 –, novos questionamentos passaram a permear o debate jurídico no âmbito criminal, ante as inovações consagradas pelo novel diploma legal.

Nesse sentido, uma das principais discussões que toma vulto diz respeito à possibilidade da retroação da causa especial de diminuição de pena consignada na figura típica de tráfico de drogas prevista no § 4º do art. 33, da nova lei, para aqueles que praticaram o delito na vigência da Lei nº. 6.368/76, e, quando possível, sobre qual montante de pena cominada em abstrato deve-se proceder à redução a que alude o dispositivo legal. Assim, as discussões focam-se, sobretudo, em duas vertentes, quais sejam, na retroação integral da redação da causa de diminuição consignada no novel dispositivo, aproveitando-se o *quantum* cominado para o tráfico de drogas do art. 33, *caput*, da nova lei, ou a composição de uma terceira e nova norma, aplicando-se a redução da pena em até dois terços sobre o *quantum* de pena atribuído para o crime do art. 12, cominado em abstrato.

Desse modo, no presente trabalho acadêmico, busca-se verificar, em síntese, se a causa especial de diminuição de pena estatuída no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, norma mais benéfica, deve incidir sobre a pena aplicada com base no *quantum* abstrato previsto no art. 12 da antiga lei de drogas (Lei n. 6.368/76) ou sobre a reprimenda calculada com fulcro na cabeça do art. 33 do último estatuto e, para tais casos, como deveria se proceder à dosimetria da pena.

Nesse particular, divide-se o presente trabalho acadêmico em três momentos de estudo distintos. No primeiro, representado pelo capítulo intitulado “Aplicação da Lei Penal no Tempo e Princípio da Irretroatividade da Norma Penal Mais Gravosa”, procura-se abordar os principais elementos envolvidos no tema da aplicação da lei no tempo, em especial a que trata de direito penal, com enfoque nos princípios e nas situações concretas em que deve a norma retroagir.

Num segundo momento, no capítulo “Da Aplicação da Pena e das Causas de

Especial Aumento e Diminuição", busca-se destrinchar as circunstâncias e elementos que devem ser ponderados pelos magistrados por ocasião da dosimetria da pena, de modo que se confere destaque às circunstâncias ditas judiciais, agravantes e atenuantes (genéricas e específicas), qualificadoras e causas de aumento e diminuição (genéricas e especiais, da mesma forma), estas últimas de peculiar interesse para o tema central do trabalho acadêmico, uma vez que se trata o benefício contido no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas de uma verdadeira causa especial de diminuição de pena, cujo reflexo na reprimenda é objeto central da presente pesquisa.

Ao fim, no terceiro e derradeiro capítulo, intitulado "As Inovações da Nova Lei de Tóxicos e o Benefício do § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06", estuda-se a Nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06), momento em que se abordam os antecedentes do combate ao comércio de entorpecentes, os pormenores e inovações do novel Diploma, o delito de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei e, por derradeiro, a aplicação do benefício previsto no § 4º do aludido dispositivo legal.

Com relação a este último, além dos requisitos para sua aplicação, confere-se especial atenção às três correntes predominantes na doutrina e na jurisprudência no tocante à aplicação retroativa do benefício aos que cometeram o crime de tráfico de drogas na vigência da Lei n. 6.368/76, a destacar: (a) a primeira, que trata da impossibilidade de retroação do benefício, ao argumento de que a causa especial de diminuição em questão está visceralmente conectada ao preceito secundário do art. 33 da Nova Lei de Drogas, de modo que não pode dele separar-se; e, por tratar de norma mais gravosa, ao estipular pena mínima em patamar superior ao da revogada lei, não pode essa retroagir; (b) a segunda, diametralmente oposta, pugna pela retroação integral do dispositivo, calculado sobre o *quantum* de pena estipulado na Lei n. 6.368/76, pois se trata de conferir plena aplicação ao princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica; não se trataria, aqui, de combinação de leis, mas sim, de integração de normas, função conferida ao exegeta pela constituição; (c) a terceira, e última, ao considerar que o princípio da anterioridade da aplicação da lei penal mais benéfica foi consagrado no art. 5º, XL, da Constituição Federal, dá conta de que é plenamente aceitável a retroação da nova causa especial de diminuição de

pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº. 11.343/06, mas com limitações. Isso porque o legislador, ao instituir referido abrandamento, o fez com base nos novos limites de pena dispostos no art. 33 da Lei nº. 11.343/06 (5 a 15 anos), e não sobre a pena cominada no art. 12 da Lei nº. 6.368/76, de modo que a causa de diminuição referida deveria, em tese, ser aplicada sobre o *quantum* de pena cominada em abstrato no novo tipo penal e, somente trasladada ao acusado, quando de tal operação redundasse resultado mais benéfico. Baseia-se, nesse passo, no entendimento doutrinário que aponta no sentido de que a norma não pode retroagir em parte, no sentido de criar um tipo penal ao comporem-se elementos de duas leis distintas.

Em razão do debate travado doutrinária e jurisprudencialmente, e da possibilidade de diversas interpretações pelos magistrados em exercício nos Juízos Criminais, busca-se o estudo do tema, que se reputa relevante para o entendimento das diversas possibilidades de cabimento do benefício, na temática da Lei de Drogas.

MÉTODO DE ABORDAGEM

Será utilizado o método indutivo.

MÉTODO DE PROCEDIMENTO

Será utilizado o método de procedimento monográfico.

TÉCNICAS DE PESQUISA

Será desenvolvida a temática através da técnica de documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica.

1 APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO E PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA PENAL MAIS GRAVOSA

O presente capítulo abordará alguns aspectos relevantes na temática do direito intertemporal brasileiro, sobretudo na esfera penal, o que se mostra necessário para a compreensão dos princípios que norteiam a matéria e que, conseqüentemente, influirão na ocasião em que o aplicar do direito deparar-se-á com normas posteriores nem sempre benéficas ao acusado.

Nesta etapa do trabalho acadêmico, busca-se, além do levantamento das questões teóricas referentes à aplicação da lei penal no tempo, entender como o fenômeno da irretroatividade da norma penal mais gravosa atua na análise conjunta das Leis n. 6.368/76 e 11.343/06. Para tanto, o presente capítulo cingir-se-á à abordagem da eficácia da lei penal no tempo, ao estudo dos princípios que regem a matéria, e às principais hipóteses de interpretação da lei penal decorrentes de tais princípios, quais sejam, o *abolitio criminis*, a *novatio legis* incriminadora, a *novatio legis in pejus*, e a *novatio legis in mellius*.

Cumpre salientar que a matéria referente à lei penal no tempo torna-se complexa na oportunidade em que trata, por exemplo, das chamadas normas penais "em branco" – aquelas que carecem de regulamentação – ou das excepcionais – aquelas que vigem apenas por um prazo determinado. No entanto, como a transição entre as aludidas normas penais não é objeto do presente trabalho, concentra-se o estudo na aplicação dos princípios supramencionados, tão-somente.

1.1 NASCIMENTO E REVOGAÇÃO DA LEI PENAL

Importante ressaltar, primeiramente, que, no estudo da transição das leis penais, deve-se ponderar que estas, como as demais leis, nascem, vivem e morrem. Tal fenômeno é entendido como processo legislativo, que compreende, segundo preleciona DOTTI[1], a elaboração de emendas à Constituição, de leis complementares

[1] DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 237.

e de leis ordinárias. Salienta, ainda, que na esfera penal, não se admite a previsão de infrações penais, tampouco a cominação de penas e medidas de segurança e a criação de normas de outra natureza por meio de medidas provisórias, de leis delegadas, de decretos legislativos e de resoluções.

Segundo MORAIS[2], o termo processo legislativo pode ser compreendido a partir de dois sentidos, quais sejam, o jurídico e o sociológico. No primeiro, trata-se do ”conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção de leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição”. Já no segundo, pode-se defini-lo “como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.

O aludido autor prossegue, ao afirmar que “juridicamente, a Constituição Federal define uma seqüência de atos a serem realizados pelos órgãos legislativos, visando à formação das espécies normativas previstas no art. 59: Emendas Constitucionais, leis complementares e ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções”[3].

Cumpre salientar, nesse passo, que a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, consoante a redação do art. 59 da Constituição da República Federativa do Brasil, devem obedecer aos critérios fixados na Lei Complementar n. 95, de 26.2.1998[4].

Para o entendimento do processo que dá origem às leis penais, cumpre destacar as três espécies de processos ou procedimentos legislativos enumerados por MORAIS[5], quais sejam, o comum ou ordinário, o sumário e os especiais.

O processo legislativo ordinário, assevera o autor, “é aquele que se destina à elaboração de leis ordinárias, caracterizando-se pela sua maior extensão”. Por sua vez, o processo legislativo sumário, “apresenta somente uma diferenciação em relação ao ordinário, a existência de prazo para que o Congresso Nacional delibere sobre determinado assunto”. Ao fim, têm-se os processos legislativos especiais

[2] MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 599.
[3] *Idem*.
[4] DOTTI, 2005, p. 237.

“estabelecidos para a elaboração das emendas à Constituição, leis complementares, medidas provisórias, decretos-legislativos, resoluções e leis financeiras”.

Por oportuno, cumpre salientar que as leis que tratam de matéria penal, em nível material e processual, são elaboradas sob a modalidade de leis ordinárias. Nesse sentido, o próprio texto constitucional, em seu art. 62, § º1, I, *b*, dispõe que é vedada a edição de medidas provisórias que encerrem matéria de direito penal e processual penal. Alude o referido dispositivo:

> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.
> § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:
> I – relativa a:
> [...]
> b) direito penal, processual penal e processual civil [...].

Dessarte, na seqüência do presente trabalho acadêmico, passar-se-á a tratar do processo legislativo mais propriamente com relação à elaboração de leis ordinárias, muito embora as etapas à frente esposadas sejam comuns às demais espécies normativas.

Consoante enumera DAMÁSIO[6], a lei penal, como todas as outras, nasce por meio de sua elaboração pelo poder legislativo. Na ocasião em que se apresenta sancionada, promulgada e publicada, passa a vigorar no ordenamento jurídico. Tal processo ocorre em quatro momentos distintos, quais sejam:

1. Sanção, que lhe dá integração formal e substancial ao ordenamento jurídico;
2. Promulgação, que lhe confere existência e proclama a sua executoriedade;
3. Publicação, de que deriva sua obrigatoriedade, ainda entendida como eficácia, ao entrar em vigência e;
4. Revogação, que a extingue, total ou parcialmente.

---

[5] MORAIS, 2006, p. 602.
[6] JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 69. v. 1.

A estas etapas, DOTTI[7] adiciona a elaboração de um anteprojeto de lei, assim como a de um projeto de lei, que se mostram etapas preambulares da elaboração da lei, cuja função precípua é de submeter a redação elaborada à consulta popular e à análise e discussão pelos membros do poder legislativo. Segundo o autor, anteprojeto de lei consiste em um esboço de lei que poderá se converter em um projeto de lei. Ressalta que, no âmbito das leis penais, o anteprojeto constitui uma proposta elaborada por um Ministério, como o da Justiça, por exemplo, e publicada para receber sugestões da comunidade antes de tornar-se projeto do Poder Executivo, que, conseqüentemente, será encaminhado ao Congresso Nacional. Destaca-se, ainda, que o próprio poder legislativo e até mesmo órgãos não-governamentais podem elaborar o que se convencionou chamar de *disegno di legge*, que será submetido à discussão pública.

No tocante ao projeto de lei, enumera o autor que, consoante a redação do art. 61 da CRFB, as iniciativas de leis complementares e ordinárias cabem a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos no aludido permissivo constitucional.

De acordo com DAMÁSIO DE JESUS[8], sanção, na técnica jurídica, é o ato pelo qual, no regime constitucional, o Chefe do Governo aprova e confirma uma lei. Com ela, a lei está completa. Ainda, ao referir-se a sanção, DOTTI[9] complementa, ao afirmar que “no sistema constitucional brasileiro, fundado na independência e harmonia entre os poderes, tal atribuição é deferida ao Presidente da República, aos governadores das unidades federativas e aos prefeitos municipais, após a aprovação do projeto pelo Poder Legislativo”. Continua, ao afirmar que “em se tratando de lei penal, somente o primeiro é a autoridade competente para a sanção, pois compete à União, privativamente, legislar sobre Direito Penal (CF, art. 22, I)”.

Não obstante, para se tornar obrigatória, falta-lhe a promulgação e a

[7] DOTTI, 2005, p. 237-238.
[8] JESUS, 2005, p. 69.
[9] DOTTI, 2005, p. 238.

publicação. A primeira, de acordo com DAMÁSIO[10], é o ato pelo qual se atesta a existência da lei e se determina a todos que a observem. Tem a finalidade de conferir-lhe o caráter de autenticidade. Dela deriva o cunho de executoriedade. Cumpre destacar, ainda, consoante o escólio de DOTTI[11] que, "no plano federal, a autoridade competente para a promulgação da lei é o Presidente da República e, excepcionalmente, o Presidente do Senado Federal". O autor completa, ao citar o artigo 66, § 7º, da CRFB que "tal hipótese ocorrerá se a lei não for promulgada pelo Presidente da República, nos seguintes casos: a) quando o projeto de lei se considerar sancionado diante do silêncio do Presidente da República, após quinze dias; b) quando o veto, total ou parcial, não for mantido"[12].

Nesse momento, deve-se voltar os olhos para o instituto do veto, que, consoante o ensinamento de DOTTI[13], consiste na recusa, total ou parcial, de um projeto de Lei pelo Presidente da República (competência privativa – art. 84 da CRFB), por reputá-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público. Conforme leciona o autor, "o veto será total se recair sobre todo o projeto, e parcial, se afetar parte do projeto, abrangendo texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (CF, art. 66, § 2º)". E continua, ao afirmar que "as razões do veto devem ser motivadamente comunicadas pelo Presidente da República ao Presidente do Senado Federal".

Em arremate, cumpre destacar o conceito de veto aduzido por MORAIS[14], que afirma tratar-se da "manifestação de discordância do Presidente da República com o projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, iniciando-se sua contagem com o recebimento do projeto de lei por parte do Chefe do Poder Executivo".

De acordo com DAMÁSIO[15], publicação consiste no ato pelo qual se torna a norma conhecida de todos, o que impõe, de fato, a sua obrigatoriedade. Por sua vez,

---

[10] JESUS, 2005. p. 69.
[11] DOTTI, 2005, p. 238-239.
[12] *Idem*.
[13] *Id. Ibidem.*
[14] MORAIS, 2006, p. 615.
[15] JESUS, 2005. p. 69-70.

DOTTI[16] consigna que esta pode ser de dois tipos, quais sejam, imediata e mediata. Na primeira hipótese, segundo o autor, a norma se utiliza de fórmula rotineira, consubstanciada, mais das vezes, na expressão “esta lei entra em vigor na data de sua publicação”. Já na segunda, o início de vigência é pré-fixado para tempo futuro, e, poderá ser referido: a) pelo dia diretamente indicado, como no caso da Lei n. 5.250/67 (art. 77); b) por uma determinada quantidade de dias, como se depreende da redação da Lei n. 8.069/90, em seu artigo 266; c) por um número específico de meses, consoante o art. 5º da Lei n. 7.209/84; d) ou, ainda, por Regulamento que deverá ser ainda editado em prazo determinado, o que ocorre com a Lei n. 7.643/87, em seu artigo 3º.

No tocante à publicação, é de interesse do presente trabalho acadêmico o tratamento conferido à lei penal. Nesse passo, DOTTI[17] esclarece que “o Diário Oficial da União (DOU) é o meio de imprensa utilizado para a divulgação oficial da lei penal que começa a vigorar a partir da data de impressão, salvo se outro for o dia em que ocorrer a sua distribuição”.

Ao fim, cumpre destacar que, ao lapso temporal entre a publicação e a efetiva vigência da Lei, dá-se o nome de *vacatio legis*, instituto que apresenta, em síntese, duas finalidades, a destacar: a) a primeira, possibilita que a norma seja conhecida antes de tornar-se obrigatória e, (b) a segunda, conferir, às autoridades incumbidas de fazê-la executar e às pessoas a que se endereça, a oportunidade de se prepararem para a sua aplicação.

Destaca-se, consoante a redação do Dec-Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), que, caso a lei não disponha em seu texto a data em que entra em vigor no ordenamento jurídico, em atenção ao art. 1º do aludido Diploma, passa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada[18].

Ainda sob a luz da Lei de Introdução ao Código Civil, importante o destaque conferido aos casos de alteração da lei, para os quais se aplica o disposto no § 3º do art. 1º da LICC, assim como aos casos de correção, situação em que se aplica o

[16] DOTTI, 2005, p. 238-239.
[17] *Idem*, p. 239.

disposto no § 4º do art. 1º da LICC; em tais hipóteses, as alterações serão introduzidas no ordenamento jurídico como leis novas, consoante se infere da leitura dos mencionados dispositivos legais:

> § 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.
>
> § 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova[19].

Nesse momento, na análise do instituto da *vacatio legis*, importante tecer alguns comentários sobre os limites conferidos ao legislador na oportunidade da edição de leis que careçam de lapso de tempo suficiente para que sua repercussão atinja os interessados. Sobre o tema, enuncia MORAIS[20]:

> Ressalte-se, porém, que a Lei Complementar n. 95, de 26-2-1998, que dispõe sobre a elaboração, redação e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, estabelece normas para a consolidação de atos normativos que menciona, estabelece em seu art. 8º que a urgência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

Ademais, consoante afirma DOTTI[21], para os casos em que a legislação penal é alterada em grande monta, deve-se observar lapso temporal mais significativo para início da sua vigência. *In verbis*:

> Quando se trata, porém, de um texto legislativo que implique em reforma total ou parcial do CP, em modificações no sistema de aplicação ou de execução das penas e das medidas de segurança ou de algum diploma especial de grande relevo, são prefixados prazos em dias ou meses para começo de vigência. Como exemplo do primeiro caso pode-se mencionar a Lei n. 9.503, de 23-9-1997 (Código de

---

[18] BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 3-9-08, às 10h.
[19] BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942.
[20] MORAIS, 2006, p. 615.

> Trânsito Brasileiro) e do segundo a Lei n. 7.209, de 11.7.1984 (reforma da Parte Geral do CP).

Ainda, em atenção à Lei de Introdução ao Código Civil, tem-se que as leis, no entanto, podem encerrar em seu texto o momento do término de sua vigência, situações em que é denominada lei de vigência temporária, referida no art. 2º, *caput*, do aludido Diploma, também chamadas de leis temporárias ou excepcionais. Há, ainda, os que considerem as leis temporárias ou excepcionais espécies das chamadas leis intermitentes, como leciona NUCCI[22]. Segundo o autor, denominam-se excepcionais "as leis feitas para durar enquanto um estado anormal ocorrer. Cessam a sua vigência ao mesmo tempo em que a situação *excepcional* também terminar" (grifo no original). Por sua vez, denominam-se temporárias as leis que são editadas "com período certo de duração, portanto, dotadas de auto-revogação. Assim, por exemplo, a lei feita para valer por um prazo de 6 meses".

Em que pese a discussão doutrinária travada com relação à possibilidade de aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica às situações previstas nas leis temporárias e excepcionais, deixa-se de abordar com profundidade o tema, uma vez que o presente estudo cinge-se à análise da retroatividade da lei penal no tocante às leis de combate e repressão ao tráfico de drogas, notadamente as de n. 6368/76 e 11343/06, que não possuem referido caráter de excepcionalidade.

1.2 PRINCÍPIOS RELATIVOS À APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL NO TEMPO

Em linhas gerais, diz-se que o princípio que norteia a aplicação do direito penal consubstancia-se no corolário *tempus regit actum*. Tal princípio encerra que desde que a lei entra em vigor e até o momento em que cesse a sua vigência, ela rege todos os fatos abrangidos pela sua destinação. Entre tais limites, quais sejam, entrada em vigor e cessação de sua vigência, o que ocorre pela revogação, como alhures

---

[21] DOTTI, 2005, p. 244.
[22] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*: parte geral e especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 101.

esposado, DAMÁSIO[23] denomina *eficácia*. Desse modo, a lei não alcança os fatos ocorridos antes ou depois dos limites extremos, ou seja, em regra geral, não retroage nem tem ultra-atividade.

Importante ressaltar, nesse momento, que o princípio do *tempus regit actum* deve ser entendido em consonância com o princípio da legalidade, do qual decorre a regra geral supramencionada, qual seja, a da irretroatividade da lei penal. Nesse passo, cumpre salientar os ensinamentos de MORAIS[24] sobre as distinções entre os princípios da legalidade e da reserva legal. Segundo o autor, o primeiro é de abrangência mais ampla que o segundo, porquanto, por meio daquele, "fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional". Por sua vez, no tocante ao princípio da reserva legal, enuncia o autor que deve ser entendido de forma mais restrita e diversa, já que não é abstrato, mas sim, concreto, e "incide tão-somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição". Atua, dessa forma, sobre o aspecto formal.

No campo do Direito Penal, área de enfoque do presente trabalho acadêmico, colhe-se da lição de NORONHA[25] a definição de princípio da legalidade, para quem "impede que ele defina crimes, comine penas, ou as agrave. Não pode também derrogar ou ab-rogar a norma penal".

O princípio da legalidade, que pode ser traduzido em um de seus corolários "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*", encontra-se positivado em nível constitucional no art. 5º, inciso XXXIX, no capítulo concernente aos direitos e deveres individuais e coletivos, assim como no próprio Diploma substantivo penal, logo em seu art. 1º, os quais assim dispõem:

> "Art. 5º.
> [...]
> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"[26]

[23] JESUS, 2005. p. 72.
[24] MORAIS, 2006. p. 37.
[25] NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 50. v. 1.
[26] BRASIL. Constituição da República Federativa do. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 17-9-08, às 10h.

> "Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal"[27].

Consoante o escólio de DELMANTO[28], "do enunciado neste art. 1º resulta, duas regras fundamentais: 1. Da reserva legal (ou da legalidade). Somente a lei, elaborada na forma que a Constituição permite, pode determinar e indicar o que é crime e indicar a pena cabível". Continua o autor, ao afirmar que "deve, portanto, ser lei federal, oriunda do Congresso Nacional". Por sua vez, ainda de acordo com o mencionado autor, a segunda regra fundamental que decorre do que preceitua o art. 1º do Código Penal é a anterioridade. Nas suas palavras, "para que qualquer fato possa ser considerado crime, é indispensável que a vigência da lei que o define como tal seja anterior ao próprio fato". E arremata, ao consignar que "a pena cabível deve ter sido cominada (prevista) também anteriormente".

Como decorrência direta do princípio da legalidade, tem-se o princípio da irretroatividade da lei penal. Segundo DAMÁSIO[29], tal regra fica clara ao ponderar-se que "se não há crime sem lei anterior, claro é que não pode retroagir para alcançar condutas que, antes de sua vigência, eram consideradas fatos lícitos". E conclui, ao ressaltar que tal preceito é garantia legal, pois a aplicação da lei vigente à época da prática do fato constitui garantia fundamental.

Todavia, o princípio da irretroatividade da lei penal pode sofrer exceções. Sobre o tema, elucida MIRABETE[30], ao afirmar que "praticada a conduta durante a vigência da lei penal, posteriormente modificada por novos preceitos, surge um conflito de leis penais no tempo se ainda não se esgotaram as conseqüências jurídicas da prática dessa infração penal". A esse respeito, prossegue o autor, que exemplifica algumas situações, a destacar:

> [...] são os casos, por exemplo, da prática de um delito em que a ação

---

[27] BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 17-9-08, às 10h

[28] DELMANTO, Celso, *et alli*. *Código Penal comentado*: legislação complementar. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 4.

[29] JESUS, Damásio Evangelista de. 2005, p. 72.

[30] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 40.

> ocorra durante a vigência de uma lei e a consumação se dá sob o império de outra; do crime ocorrido durante a vigência de uma norma, sendo o fato julgado após sua revogação; da execução de sentença condenatória proferida durante a vigência de lei anterior revogada etc.

Em atenção a tais situações, deve-se, portanto, fixar os princípios que importarão análise quando do surgimento desses conflitos de leis penais no tocante à sua aplicação no tempo.

Nesse sentido, diz-se, em linhas gerais, que o princípio da irretroatividade somente se aplica à lei mais severa que a anterior, pois a lei nova mais benigna, chamada *lex mitior*, alcança o fato praticado antes do início da sua vigência, na ocorrência do fenômeno da retroatividade da lei mais benéfica. Do mesmo modo, em atenção ao disposto no texto constitucional, ao entrar em vigor lei mais severa que a anterior, a chamada *lex gravior*, esta não alcança o fato praticado anteriormente. Nos dizeres de MIRABETE[31], em tal hipótese, continua a ser aplicada a lei anterior, mesmo após a sua revogação, em decorrência do princípio da ultratividade da lei mais benigna.

Ainda, na sucessão de leis penais no tempo, na medida em que forem surgindo novas leis, são feitas comparações entre estas no exato sentido de ser escolhida e aplicada àquela que melhor atenda aos interesses do agente. Para o caso de a anterior ser considerada mais favorável, gozará dos efeitos da ultratividade, ou seja, será aplicada mesmo após a sua revogação; para o caso de a posterior ser mais benéfica, deverá retroagir para beneficiar o réu.

Todavia, ante a utilização dos conceitos de lei mais gravosa e mais benigna, para que o estudo seja apresentado em sua completude, deve-se analisar as situações em que uma lei será mais ou menos gravosa que outra. Tal distinção será procedida por ocasião da análise dos princípios específicos da aplicação da lei penal no tempo, quais sejam:

1. O da irretroatividade da lei mais severa;
2. O da retroatividade da lei mais benigna.

[31] MIRABETE, 2006. p. 41.

Cumpre ressaltar que tais princípios podem reduzir-se a um só, o da retroatividade da lei mais benigna.

No cotejo dos princípios supramencionados, salienta-se que o princípio da irretroatividade da lei mais gravosa constitui um direito subjetivo de liberdade, com fundamento no art. 5º, incisos XXXVI d XL da Constituição da República Federativa do Brasil, os quais, por oportuno, trasladam-se:

> Art. 5º.
> [...]
> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
> [...]
> XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Assim, consoante enuncia DAMÁSIO[32], o direito adquirido do sujeito consiste em fazer tudo o que não é proibido pela norma penal e, assim, não sofrer pena além das cominadas para os casos previstos. Desta forma, se a lei nova define uma conduta como crime, antes lícita, os fatos cometidos no período anterior à sua vigência não deverão ser apenados. Desse modo, diz-se que a lei nova não pode retroagir, uma vez que a retroprojeção encontra o óbice do direito adquirido pelo cidadão na vigência do antigo diploma.

Todavia, no cotejo do princípio da irretroatividade da norma penal mais gravosa, em atenção ao instituto do direito adquirido supramencionado, pode ocorrer que, praticado um crime na vigência de uma lei, surja lei nova, impondo pena menos severa, caso em que poderia ter o estado o direito adquirido de punir o criminoso com a pena mais severa, cominada na lei mais antiga. Tal situação é possível?

Acredita-se que não. Isso porque a lei nova, mais benigna, consubstancia a consciência jurídica geral sobre aquele fato, ao entender que a sua punição deve ser mais branda. Ou seja, se o próprio Estado reconhece que a pena antiga era muito severa, pelo que houve a necessidade de alterá-la, e demonstra a renúncia ao direito de aplicá-la, razão por que não pode aplicar a teoria do direito adquirido em favor da

[32] JESUS, 2005. p. 73.

continuação da punição com o incremento de que abriu mão[33].

Dessarte, tem-se que a lei mais benigna prevalece sobre a mais severa, prolongando-se além do instante de sua revogação ou retroagindo ao tempo em que não tinha vigência. Por sua vez, a lei mais severa não retroage, tampouco possui eficácia além do momento de sua revogação. Não é, portanto, retroativa, nem ultrativa. Essas qualidades negativas compõem o princípio da não extra-atividade da lei mais gravosa.

Do mesmo modo, corrobora o exposto a lição de PRADO[34], que sintetiza o entendimento supramencionado ao afirmar que:

> Como exceção à regra da não-retroatividade desfavorável, emerge o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, com base não só em razões humanitárias (*humanitatis causa*), de liberdade (*favor libertatis*), de justiça, de eqüidade ou igualdade de tratamento, mas, sobretudo, considerando que a pena mais leve da lei nova é justa e a mais severa da lei revogada é desnecessária.

E conclui, ao referir-se aos fundamentos do instituto da retroatividade da lei mais benéfica: “Sua retroatividade se funda numa atenuação da valoração ético-social do fato, em consonância com a antiga formulação *favorabilia sunt amplianda odiosa sunt restringenda*”.

Cumpre destacar, nesse momento, que, além da possibilidade de retroação da norma penal mais benigna, decorre deste a possibilidade da ultratitivade dos dispositivos benéficos ainda que a norma penal tenha perdido sua vigência formal. Ou seja, consoante os ensinamentos de PRADO, deve-se verificar em quais situações será a nova norma mais ou menos benéfica ao acusado. Desse modo, segundo o autor, “por força dos princípios da irretroatividade da *lex severior* e, em especial, da retroatividade da *lex mitior*, a eficácia normativo-penal retroage (para aquém) ou é ultrativa (para além)”. Ao fim, afirma que “se lei posterior (lei nova) deixa de considerar infração penal fato incriminado por lei anterior, dá lugar à *abolitio criminis* (art. 2º, *caput*, CP) – causa extintiva de punibilidade (art. 107, III, CP)”. Por sua vez, tem-se a

[33] JESUS, 2005. p. 73.
[34] PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

retroatividade clássica na ocasião em que "*lex mitior* favorece de qualquer modo o réu" quando será sempre retroativa, a teor do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. Ainda, "se anterior [a norma mais benéfica], continua a gerar efeitos após ter sido revogada, isto é, seus efeitos perduram no tempo, ainda que cessada sua vigência formal (princípio da ultratividade)".

A situação mencionada em linhas pretéritas pode ser sintetizada nas seguintes situações:

A. A lei nova suprime normas incriminadoras anteriormente existentes, situação em que ocorre o chamado fenômeno da *abolitio criminis*;
B. A lei nova considera crime fatos antes reputados lícitos – *novatio legis incriminadora*;
C. A lei nova modifica o regime anterior, de modo a agravar a situação do sujeito – *novatio legis in pejus*;
D. A lei nova modifica o regime anterior, de modo a beneficiar o sujeito (*novatio legis in mellius*;

Para a resolução do aparente conflito de normas, a legislação penal brasileira preceitua determinadas regras, que devem ser interpretadas em consonância com os ditames da Constituição da República Federativa do Brasil, além, é claro, dos conceitos encerrados na doutrina. Enumera o art. 2º do Código Penal:

> Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa 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.

Nesse momento, importante voltar os olhos para o conceito de lei posterior utilizado pelo Código. Adota-se, para fins de estudo, o esposado por DAMÁSIO[35], ao que subentende-se como lei posterior a que foi promulgada em último lugar,

independentemente das datas de publicação e entrada em vigor.

Consoante MIRABETE[36], em ocorrendo o conflito de leis penais com o surgimento de novos preceitos jurídicos após a prática do fato delituoso, será aplicada sempre a lei mais favorável, o que significa que a lei penal mais benigna possui extratividade, situação em que será retroativa ou ultrativa, e a lei mais severa, conseqüentemente, não apresenta a extratividade, ou seja, não é retroativa nem ultrativa.

A seguir, serão estudadas pormenorizadamente as situação de *abolitio criminis*, *novatio legis incriminadora*, *novatio legis in pejus* e *novatio legis in meliius*, ocasião em que será procedida a distinção entre os fenômenos e as suas principais hipóteses de ocorrência.

1.2.1 Novatio legis incriminadora

Em linhas gerais, diz-se que ocorre a novatio legis incriminadora quando um ato antes indiferente à luz da lei penal antiga passa a ser considerado crime pela lei posterior. Aqui, consoante DAMÁSIO[37], tem império a regra geral do *tempus regit actum*.

Cumpre destacar que a lei que incrimina novas fatos é, certamente, irretroativa, uma vez que prejudica o acusado. Tal fato decorre do princípio de que não há crime sem lei anterior que o preveja. Assim, se não há crime sem lei anterior, a lei nova incriminadora não pode, portanto, retroagir para alcançar fatos praticados antes de entrar em vigor.

Salienta-se que a razão para a irretroatividade da norma que passa a considerar crime fato anteriormente desconsiderado na esfera penal mostra-se compreensível. Segundo DAMÁSIO[38], um dos requisitos do crime é a antijuridicidade, que consiste na contrariedade do fato à norma, comando implícito na lei penal. Portanto, se não existe lei, não há norma. Se não há advertência do Estado a proibir

---

[35] JESUS, 2005, p. 75.
[36] MIRABETE, 2006, p. 41.
[37] JESUS, 2005, p. 80.

determinada conduta e impuser uma sanção jurídica ao seu autor, ela é por ele considerada penalmente lícita, e quem a pratica não pode ser apenado. Caso assim não ocorresse, haveria afronta ao princípio da segurança jurídica, pois, ao praticar uma conduta lícita hoje, poderia, em virtude dela, ser condenado posteriormente.

Nesse passo, destaca-se do ensinamento de Francisco de Assis Toledo, citado por CAPEZ[39], que afirma que "a lei penal mais grave não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria figura penal até então inexistente, seja quando se limita a agravar as conseqüências jurídico-penais do fato, isto é, a pena ou a medida de segurança". E conclui, ao afirmar que "Há pois, uma proibição de retroatividade das normas mais severas de direito penal material".

Por fim, importante destacar que se alguém vier a praticar o fato definido como crime durante a *vacatio legis* da nova lei incriminadora não terá, de fato, praticado crime algum, já que a lei penal apenas adquire obrigatoriedade por ocasião da sua entrada em vigor[40].

1.2.2 Novatio legis in pejus

A segunda hipótese que se soma à discussão dá conta da nova lei mais severa que a anterior. Vigora, *in casu*, o princípio da irretroatividade da lei penal previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, que assim prescreve: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Assim, ao permanecer na lei nova a definição do crime, todavia aumentadas suas conseqüências penais, tal norma será mais severa, portanto, impossível de ser aplicada retroativamente.

Dessarte, se a lei posterior, sem criar novas incriminações ou abolir outras precedentes, agrava a situação do sujeito, não deve retroagir. Pode-se dizer, nesse passo, que há duas lei em conflito: a anterior, mais benigna, e a posterior, mais severa. Em relação a esta última, aplica-se o princípio da irretroatividade da lei mais severa; quanto àquela, o da ultra-atividade da lei mais benéfica. Desta forma, se o

---

[38] JESUS, 2005, p. 80.
[39] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 57. v. 1.
[40] JESUS, 2005, p. 81-82.

sujeito pratica um fato criminoso na vigência da Lei “X”, mais benigna e, no transcurso da ação penal surge outra lei, “Y”, esta mais severa, o caso deverá ser apreciado sob a eficácia da antiga norma, em face da exigência de não fazer recair sobre ele uma valoração mais grave que a existente no momento da conduta delituosa. Assim, diz-se que há obediência ao princípio *tempus regit actum*[41].

Corrobora com o exposto os ensinamentos de NUCCI[42]: “Há hipóteses em que o legislador, sem abolir a figura delituosa, mas com a aparência de tê-lo feito, apenas transfere a outro tipo incriminador a mesma conduta, por vezes aumentando a pena. Sem dúvida, em alguns casos, não se trata de uma singela transferência, porém há alguma modificação na descrição do preceito primário”.

Em atenção ao exposto, cumpre, nesse momento da tessitura, voltar os olhos para as situações em que a lei será, de fato, mais gravosa. Diz-se, em linha gerais, que a lei nova pode prejudicar o agente, ao ampliar o rol das circunstâncias agravantes, ao criar causas de aumento de pena, ao aumentar o prazo de prescrição ou mesmo ao trazer novas causas interruptivas ou suspensivas, dentre outras situações. Segundo MIRABETE[43], incluem-se aí as situações em que as leis posteriores cominam pena mais grave em qualidade, para o caso de reclusão em vez de detenção, por exemplo, ou quantidade, no que se refere aos limites de duração da reprimenda, ou ainda, se acrescentam circunstâncias qualificadoras ou agravantes não previstas anteriormente, se eliminar atenuantes ou causas de extinção da punibilidade, se exigem mais requisitos para a concessão de benefícios, dentre outras.

Dessa forma, DAMÁSIO[44] enumera os principais casos em que a lei nova poderá ser mais severa que a anterior, revogada:

A. A sanção imposta atualmente ao crime é mais severa em qualidade que a da precedente;
B. A sanção imposta atualmente, embora da mesma qualidade, é mais severa

[41] JESUS, 2005, p. 82.
[42] NUCCI, 2007, p. 95.
[43] MIRABETE, 2006, p. 43.

quanto à maneira de execução;

C. A quantidade da sanção cominada em abstrato é aumentada (P. ex. pena anteriormente cominada no tipo penal de 2 a 4 anos de reclusão, agora passa a ser de 4 a 10 anos de reclusão);
D. O *quantum* da pena cominada em abstrato é mantido, mas a maneira de sua fixação mostra-se mais rígida que a determinada pela lei anterior;
E. São excluídas circunstâncias que favorecem o sujeito (atenuantes ou causas de diminuição de pena) ou incluídas circunstâncias que o prejudicam (agravantes ou causas de aumento de pena);
F. São incluídas qualificadoras anteriormente inexistentes;
G. A lei nova suprime benefícios determinados pela antiga lei no tocante à suspensão ou à interrupção da execução da pena;
H. A lei nova, mesmo ao manter o benefício, dificulta a sua obtenção;
I. A lei nova exclui causas de extinção da punibilidade;
J. A lei nova mantém causas de extinção de punibilidade, porém dificulta a sua ocorrência;
K. A lei nova exclui escusas absolutórias anteriormente inexistentes, como no caso de um agentes que pratique um furto contra seu pai, nos termos do art. 181, II, 1ª figura, do Código Penal;
L. A lei nova cria uma pena restritiva de direitos não prevista na legislação anterior. É a situação que ocorre se, na vigência da lei antiga, o sujeito estava sendo processado, mesmo que a nova pena restritiva de direitos seja aplicável em conseqüência do fato por ele praticado, não pode ser imposta, uma vez que a nova lei o prejudicaria;
M. A nova lei retira causas de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade anteriormente existentes;
N. A lei nova exclui condições de procedibilidade exigidas pelo antigo diploma.

Em resumo, pode-se dizer que, em todos os casos em que a lei nova prejudica

[44] JESUS, 2005, p. 82-85.

o sujeito, não há a possibilidade de retroação dos seus dispositivos.

1.2.3 Abolitio criminis

Diz-se que ocorre a *abolitio criminis* na ocasião em que a lei nova não mais incrimina fato que anteriormente era considerado ilícito punível na esfera penal, consoante dispõe o art. 2º, *caput*, do Código Penal, *in verbis*:

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

De acordo com DAMÁSIO, pode ocorrer que uma lei posterior deixe de considerar como infração um fato que era anteriormente punido. É a *abolitio criminis*, hipótese do art. 2º, *caput*, do Código Penal. Ou seja, a nova lei retira do campo da ilicitude penal a conduta precedentemente incriminada.

Pode-se dizer, assim, que trata este dispositivo da aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benigna. Ou seja, a nova lei, que se presume ser mais perfeita que a anterior, demonstrando não haver mais, por parte do Estado, interesse na punição do autor de determinado fato, retroage para alcançá-lo. Assim, se uma nova lei não mais considerar como crimes fatos como o adultério, o aborto e a sedução, não poderão ser responsabilizados penalmente seus respectivos autores, ainda que tenham praticado a conduta durante a vigência da lei anterior[45].

Corrobora com o exposto a lição de NUCCI[46], o qual afirma que “a desconsideração de determinada conduta como infração penal é um forte instrumento para gerar a retroatividade da lei penal benéfica à data do fato delituoso, motivo pelo qual se insere o tema na avaliação da lei penal no tempo”.

Na lição de MIRABETE[47], o dispositivo (art. 2º, *caput*, do Código Penal) alcança igualmente os fatos definitivamente julgados, ou seja, a execução da sentença

[45] MIRABETE, 2006, p. 42.
[46] NUCCI, 2007, p. 94.

condenatória e todos os efeitos penais dessa decisão, com a ocorrência da extinção de punibilidade prevista no art. 107, III, do Código Penal. Assim, o sentenciado será posto em liberdade se estiver cumprindo pena, voltará à condição de primário, não estará mais submetido ao *sursis* ou livramento condicional. Nesse sentido, NUCCI[48] complementa: "reconhecida a extinção de punibilidade por tal motivo, não subsiste contra o réu ou condenado nenhum efeito, apagando-se, inclusive, o registro constante de sua folha de antecedentes".

Todavia, segundo o percuciente escólio de DELMANTO[49], a nova lei, que passa a desconsiderar uma conduta particular como crime, faz cessar, como dito, os efeitos penais da sentença condenatória; porém, seus efeitos civis permanecem. No mesmo sentido aponta MIRABETE[50]. Afirma, ainda, que, no tocante a estes últimos efeitos, a sentença condenatória transitada em julgado, apesar da *abolitio criminis*, torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, o que se justifica no reconhecimento, em juízo, da ocorrência do fato, com o estabelecimento de sua autoria. Assim, o fato, a despeito de não figurar mais como crime, ainda será um ilícito civil que, conseqüentemente, obrigará a reparação do dano.

De acordo com o mesmo autor, importante salientar que não haverá *abolitio criminis* se a conduta praticada pelo acusado e que era prevista na lei ora revogada mostra-se submissível a outra lei penal ainda em vigor. Na ocasião em que houver já imputação por denúncia ou queixa, pode a exordial ser aditada antes da sentença final para correção ou suprimento no sentido de definir sua nova tipicidade, de modo que ainda é possível ao Juiz conferir ao fato definição jurídica diversa da que constar do pedido.

Ainda, nos dizeres de DAMÁSIO[51],

> A ab-rogação de uma lei que define um fato como infração supõe que o Estado já não o considera contrário aos interesses da sociedade. [...] Não se justifica que o Estado continue a impor a sua vontade em

---

[47] MIRABETE, 2006, p. 42.
[48] NUCCI, 2007, p. 94.
[49] DELMANTO, 2002, p. 6.
[50] MIRABETE, 2006, p. 42.
[51] JESUS, 2005, p. 76-77.

> prejuízo de interesses jurídicos fundamentais do transgressor da norma quando a considera inútil, anacrônica e iníqua.

Como esposado alhures, o fenômeno da *abolitio criminis* constitui fato jurídico extintivo da punibilidade, a teor do art. 107, III, do Código penal que afirma:

> Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
> [...]
> III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
> [...]

Dessarte, verifica-se haver duplicidade de dispositivos que tratam da mesma matéria, quais sejam os arts. 2º e 107, III, ambos do Código Penal. Todavia, o princípio que norteia os dois preceitos é o mesmo: a lei nova tem eficácia para reger condutas a ela anteriores, quando não qualifique as mesmas como criminosas. O disposto no art. 107 nada mais é do que corolário do disposto no art. 2º, uma vez que, nos diversos efeitos da *abolitio criminis*, inclui-se a extinção do poder-dever de punir do Estado[52].

Em síntese, diz o art. 2º, *caput*, do Código Penal, que em conseqüência da lei supressiva de incriminação cessam a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Já consoante o art. 107, III, depreende-se que a *novatio legis* extingue a punibilidade.

Segundo DAMÁSIO[53], com a *abolitio criminis*, há a extinção do *jus puniendi in concreto* e do *jus punitionis*. A esse respeito, o autor enumera as várias etapas da persecução criminal que podem ser afetadas com a superveniência de lei que não mais considera um fato como criminoso, a seguir:

A. A *persecutio criminis* ainda não foi movimentada, situação em que o processo não pode ser iniciado;
B. O processo está em andamento, situação em que deve ser “trancado” mediante decretação da extinção de punibilidade;

[52] JESUS, 2005, p. 77.

C. Já existe sentença condenatória com trânsito em julgado: a pretensão executória não pode ser efetivada, ou seja, a pena não pode ser executada;
D. O condenado está cumprindo a pena, situação em que, decretada a extinção da punibilidade, de se livrar solto.

Como mencionado em linhas pretéritas, o legislador, no art. 2º, *caput*, do Código Penal, refere-se à cessação da execução da sentença condenatória, o que, segundo DAMÁSIO[54], diz respeito à cessação da *sanctio juris* imposta por ela e que está sendo efetivada. Os efeitos que se fazem citar em linhas acima são os efeitos penais que decorrem da condenação estabelecida pelo Juiz por ocasião do seu decreto condenatório. Frisa-se, ainda, que além dos efeitos principais supracitados, ocorrem ainda os chamados efeitos reflexos, de natureza secundária ou acessória, nos quais se encerram os penais e os não-penais. De acordo com o autor, citam-se os seguintes efeitos penais secundários:

A. Forja a reincidência – art. 61,I, do CP;
B. Impede o benefício da suspensão condicional da execução da pena – o *sursis* – art. 77, I, do CP;
C. Opera a revogação do *sursis*, na hipótese do art. 81, I, do CP;
D. Torna facultativa a revogação do *sursis*, a teor do art. 81, I, § 1º, do CP;
E. No livramento condicional, a condenação passada em julgado causa sua revogação obrigatória (art. 86, I e II) ou facultativa (art. 87);
F. Depois de tornar-se irrecorrível a sentença condenatória, a prescrição da pretensão executória não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo, a teor do art. 116, parágrafo único, do CP;
G. Importa na revogação da reabilitação para o caso de o reabilitado sofrer nova condenação, por sentença irrecorrível, a pena que seja a de multa – art. 95 do CP;
H. A condenação irrecorrível tem influência sobre a exceção da verdade no

[53] *Idem*, p. 78.
[54] *Id.*, p. 79.

crime de calúnia – art. 138, § 3º, I e III;

I. No porte de arma branca a pena é aumentada de um terço até metade se o agente já tiver sido condenado, por sentença irrecorrível, pela contravenção penal de violência contra a pessoa (art. 19, § 1º, Dec-Lei n. 3.688/41); no porte de arma de fogo, a pena era agravada na hipótese em que o sujeito já tivesse sido condenado, por sentença irrecorrível, por crime contra a pessoa, contra o patrimônio ou referente a tráfico de drogas (art. 10, § 3º, IV, da antiga lei de armas – Lei n. 9.437/1997).

O que importa para o estudo, nesse momento, é a conclusão de que, por meio da *abolitio criminis*, tais efeitos desaparecem por completo.

Há que se frisar ainda, consoante enuncia DAMÁSIO[55], que a condenação deve ser registrada e o nome do réu lançado no rol dos culpados, ato levado a cabo justamente para que produza seus efeitos secundários, acima trazidos à colação. Todavia, com o advento da *abolitio criminis*, a condenação é declarada inexistente e, por conseqüência, o nome do condenado é riscado do rol dos culpados, de modo que a prática de nova infração não poderá ser influenciada pelo fato anterior não mais considerado crime.

Cumpre salientar, ainda, o posicionamento de NUCCI[56] quanto ao não surgimento do dever de reparação do Estado por suposto erro judiciário. *In verbis*: “o fato de o estado abolir um tipo penal incriminador, beneficiando várias pessoas acusadas ou já condenadas, não faz nascer um erro judiciário, sujeito à indenização”. Isso porque, segundo o autor, “cuida-se de fator externo à vontade do juiz, fruto da política criminal do legislador, razão pela qual se apaga o delito do passado do acusado, mas não tem ele o direito a reparação”.

Destacam-se, nesse momento, alguns exemplos de *abolitio criminis* colacionados por DAMÁSIO[57]:

[55] JESUS, 2005, p. 77-78.
[56] NUCCI, 2007, p. 94.
[57] JESUS, 2005, p. 77-78.

A. Suponha-se que A tivesse praticado um crime definido pelo Código de 1890. No transcorrer da ação penal, entrou em vigor o Código atual, deixando de considerar criminosa aquela conduta. O agente não poderia ser condenado por força da *abolitio criminis* ou lei supressiva de condenação. Assim, o art. 267 do Código Penal de 1890 definia o crime de "defloramento" com a seguinte proposição legal: "Deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude". Sujeito passivo era a mulher, menor de 21 anos e maior de 16 anos. O Código de 1940 definiu o crime de "sedução", antigo "defloramento", no art. 217, como fato de "seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança". Reduziu o máximo de idade para 18 anos. Se A tivesse praticado o crime de "defloramento", mediante "sedução", contra a ofendida X, de 19 anos de idade, o fato, em face da lei nova, deixaria de existir como crime, uma vez que esta protege mulher maior de 14 e menor de 18 anos. Estaríamos em frente de lei nova descriminante: *abolitio criminis* (o exemplo é de Nelson Hungria).
B. O Código de 1890 definia o crime de "posse de instrumentos próprios para furto ou roubo" no art. 361: "Fabricar gazuas, chaves, instrumentos e aparelhos próprios para roubar, tê-los ou trazê-los consigo de dia ou de noite". Revogado o Código antigo, este crime passou a constituir mera contravenção, prevista nos arts. 24 e 25 da Lei de Contravenções Penais. Suponha-se que, quando do advento da Lei das Contravenções Penais, A estivesse respondendo a processo por ter praticado tentativa do crime do art. 361. Tendo o sujeito praticado uma tentativa e tendo a lei nova considerado contravenção o crime consumado, não havendo tentativa de contravenção, o fato praticado por A deixou de existir como infração.
C. A está sendo processado por ter estabelecido jogo de azar em lugar acessível ao público (Lei das Contravenções Penais, art. 50). Surge a lei X, deixando de considerar o fato como contravenção.
D. A pratica o crime previsto no art. 149 do Código atual. Advém novo Código,

não prevendo o fato como crime.

E. O Código Penal, em sua feição original, definia o crime de aliciamento de trabalhadores como o fato de “aliciar trabalhadores, para o fim de emigração” (art. 206). Adveio a Lei n. 8.683, de 15-7-1993, descrevendo o crime como a conduta de “recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro”. Imagine-se que, quando da entrada em vigor da lei nova, o sujeito estivesse respondendo a processo por ter aliciado trabalhadores “sem fraude”. O fato não seria delito diante da lei nova.

Em resumo, ao ocorrer lei posterior que deixe de considerar como infração um fato que era anteriormente punido, deve ser aplicada a lei posterior, nos ditames do princípio da retroatividade da lei mais favorável, disposto na legislação penal e elevado no plano constitucional. Diz-se, assim, que se está diante de exceção ao princípio *tempus regit actum*, em que a lei nova retroage e a antiga não possui ultra-atividade.

1.2.4 Novatio legis in mellius

Trata-se, aqui, de situação em que a lei nova pode favorecer o agente, ainda que de diversas maneiras, consoante regulado pelo parágrafo único no art. 2º do Código Penal, o qual, por oportuno, traslada-se:

> “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”.

A esse respeito, NUCCI[58] aduz que em diversas vezes o legislador, a despeito de ainda considerar um fato como crime, comina penas menos rigorosas, em qualidade ou quantidade, ou, ainda, que favorecem o agente de outra forma, ao acrescentar circunstância atenuante não prevista, eliminar agravante anteriormente

prevista, prever a suspensão condicional com maior amplitude, estabelecer novos casos de extinção da punibilidade, reduzir os requisitos para concessão de benefícios, entre outras situações. Em tais situações, diz-se que é mantida a figura delitiva, embora com outra face, de modo que não se trata, aqui, de abolição do crime, mas apenas de modificação benéfica da lei penal.

Consoante o aludido autor, importante ressaltar que, em virtude da política de repressão e prevenção da atividade criminosa no país, tais alterações podem ser feitas diretamente em um tipo penal específico, o que, ressalta, é muito raro no Brasil. Isso porque a tendência é sempre a criminalização e o incremento das penas, o que não exclui, todavia, em um contexto genérico, para valer para vários tipos incriminadores. Cita o autor como exemplo deste último caso a edição da Lei n. 9.714/98, que permitiu a aplicação de penas restritivas de direitos a todos os delitos cuja pena privativa de liberdade não superasse a marca dos quatro anos de reclusão ou detenção, quando dolosos e não violentos.

No mesmo sentido, DELMANTO[59] dispara, de forma contundente, o alcance do parágrafo único do art. 2º do Código Penal: “a redação do parágrafo único deixa incontestável que a retroatividade benéfica não sofre limitação alguma e alcança sua completa extensão, sem dependência do trânsito em julgado da condenação”. E conclui, ao afirmar que “Basta, apenas, que a lei posterior favoreça o agente de qualquer modo, para retroagir em seu benefício”.

Coaduna-se com o entendimento supraesposado PRADO[60], o qual aduz que “se como *lex mitior* favorece de qualquer modo o réu, é sempre retroativa [a lei] (art. 2º, parágrafo único, CP).

Nesse rumo, MIRABETE[61] aborda a questão da suposta restrição do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, a qual se apresenta de extrema relevância para a elucidação da questão central do presente trabalho acadêmico. De acordo com o doutrinador, a nova Constituição Federal parece restringir o princípio ao permitir

---

[58] NUCCI, 2007, p. 94-95.
[59] DELMANTO, 2002, p. 6.
[60] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral – arts. 1º a 120. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 185. v. 1.
[61] MIRABETE, 2006, p. 45.

apenas a retroatividade da lei na ocasião em que beneficiar o “réu” – art. 5º, XL -, de modo que excluiria, assim, o condenado. Contudo, por uso de uma interpretação extensiva, obrigatória quando se interpretam os dispositivos que tratam dos direitos individuais na Constituição Federal, afasta-se a conceituação em sentido estrito da palavra réu para designar tão-somente aquele que é acusado no processo penal, e privilegia-se o conceito que encerra que a aludida palavra deve abranger igualmente quem está submetido à execução da pena ou da medida de segurança. Nesse caso, entende-se o processo de execução como a última etapa do processo penal condenatório, no qual o réu, em sentido amplo, é o sujeito passivo na execução penal.

De outra banda, importa estudo, nesse oportuno, os critérios utilizados para determinar-se se uma lei é, de fato, mais benéfica que outra. A doutrina, nesse particular, enumera uma série de situações que evidenciam o caráter benéfico de uma novel legislação.

Segundo o percuciente escólio de CAPEZ[62], sempre que houver restrição do *jus puniendi* e ampliação dos direitos de liberdade do indivíduo, a lei deverá ser tida como mais favorável. Isso significa que toda regra que aumente o campo da licitude penal e amplie o espectro de atuação do agente, não apenas ao excluir figuras criminosas mas também ao refletir sobre a culpabilidade e antijuridicidade, é considerada lei mais benéfica. Assevera, ainda, que toda regra que diminua ou torne a pena mais branda ou a comute em outra de menor gravidade igualmente se reputará mais benéfica.

Já de acordo com PRADO[63], o caráter benéfico da lei deve ser sopesado em relação ao agente e à situação judicial concreta em que se encontre. Dessarte, uma lei pode favorecer o agente tanto pela diferente configuração do delito (crime ou contravenção, elementos constitutivos, acidentais), pela diferente configuração de suas formas (tentativa, participação, reincidência), pela diferente determinação da gravidade da lesão jurídica, pela diferente determinação das condições positivas ou negativas da punibilidade (querela, extinção do crime e da pena) e pela diferente determinação da espécie e duração da pena e dos efeitos penais.

---

[62] CAPEZ. 2005. p. 58.
[63] PRADO, 2008, p. 185.

Ainda sobre o tema, NORONHA[64] assevera que a benignidade de um novel Diploma legal deve ser aferida ao confrontarem-se as leis concorrentes, em que será mais benéfica a que cominar pena de menor duração, de natureza menos grave, de efeitos mais aceitáveis, assim também a que der ao delito configuração que favoreça o réu, tanto pela não incriminação do fato ou por ver nele forma menor gravosa, ou conferir-lhe circunstâncias minorativas da pena e dispuser processo mais favorável.

Por fim, ainda segundo o supramencionado autor, para saber se a lei nova é, de fato, mais benéfica ao agente no momento em que ele praticou a ação, deve-se proceder à comparação entre os dois Diplomas não *in abstracto*, mas sim em relação ao indivíduo que se trata de julgar em concreto[65]. Dessarte, a conclusão de que uma lei é mais benigna que outra, segundo DAMÁSIO[66], "só pode ser alcançado após acurado exame das normas em conflito em face do caso concreto, pois uma disposição aparentemente mais favorável ao sujeito pode ser, na realidade, muito mais severa".

Importante, nesse momento, colacionar exemplos de aplicação da *novatio legis in mellius*, de acordo com DAMÁSIO[67]:

A. A lei nova inclui circunstâncias que o beneficiam (atenuantes);
B. A lei nova cria causas extintivas da punibilidade desconhecidas na legislação antiga;
C. A lei nova facilita a superveniência de causas extintivas da punibilidade, como, por exemplo, ao diminuir o prazo prescricional;
D. A lei posterior, em determinado crime, permite a obtenção de benefícios, como o *sursis* e o livramento condicional – não permitidos na legislação antiga; ou facilita a sua obtenção;
E. A lei nova acresce causas de exclusão da antijuridicidade, da culpabilidade ou escusas absolutórias, anteriormente inexistentes;
F. A lei posterior, em determinado caso, exclui a concessão de extradição;

[64] NORONHA, 2001, p. 78.
[65] Idem, p. 79.
[66] JESUS, 2005, p. 92.

G. A lei nova inclui condições de procedibilidade não exigidas anteriormente;
H. A lei nova comina pena menos rigorosa, como de detenção para pena pecuniária, ou que impõe forma de execução menos severa, redução quantitativa, modificação do *nomem iuris*, transformação do crime em contravenção.

Diz-se, ao fim, que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica não sofre limitações, pelo que elide, inclusive, os efeitos da coisa julgada.

1.3 COMBINAÇÃO DE LEIS

Ponto que importa relevante estudo para o presente trabalho acadêmico diz respeito à possibilidade de composição de elementos constantes de duas leis distintas, a fim de ponderar elementos benéficos constantes dos dois Diplomas.

A questão central, apontada por NUCCI[68], pode ser consubstanciada no seguinte questionamento: Poderia o juiz combinar leis penais, extraindo a posição mais benigna ao réu?

Nessa esteira, MIRABETE[69] bem enuncia a situação fática em que se insere o tema: “Alguns doutrinadores entendem que, na hipótese de a lei nova favorecer o agente em um aspecto, possibilitando-lhe o *sursis*, por exemplo, e prejudicá-lo em outro, cominando pena mais severa em quantidade, deverá ser aplicada apenas uma lei, a que, afinal, favorece o agente”. E, no mesmo rumo, conclui o raciocínio, ao afirmar que “a melhor solução, porém, é a de que pode haver combinação de duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos”.

No mesmo sentido, destaca-se o posicionamento ostentado por PRADO[70], o qual afirma que “não há óbice algum à admissão da simbiose ou composição normativa em prol do agente, bem como da retroatividade *in mitius* para a medida de segurança”.

---

[67] JESUS, Damásio Evangelista de. 2005, p. 89-91.
[68] NUCCI, Guilherme de Souza. 2007, p. 96.
[69] MIRABETE, Julio Fabbrini. 2006, p. 50-51.

No mesmo rumo apontam os ensinamentos de DAMÁSIO[71], para quem a combinação de leis é plenamente justificável. Afirma o doutrinador que "se o Juiz pode aplicar o 'todo' de uma ou de outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional". Em arremate, no escólio de DELMANTO[72], "a combinação de leis vem sendo aceita para beneficiar o réu, compondo-se, por exemplo, a pena privativa de uma lei com a pena pecuniária de outra".

E exatamente nesse passo, importante o escólio de TELES[73], que assinala:

> Se a Constituição Federal manda a lei penal mais benéfica retroagir sempre, o que se pode afirmar é que apenas o dispositivo benéfico retroage, irretroativo o mais severo. O desejo da lei maior é que retroaja a norma mais benéfica e não texto integral, a não ser que fosse ele, integralmente, mais favorável. Se num mesmo texto há vários dispositivos, uns benéficos, outros prejudiciais, é claro que só aqueles retroagem. Ao combinar os dispositivos de duas leis, o juiz não cria uma terceira lei, mas apenas obedece ao preceito constitucional, maior, que não manda a lei retroagir por inteiro, mas determina a retroatividade de todo e qualquer dispositivo legal que vier a favorecer o réu. A conclusão é de que o juiz não só pode, como também tem o dever de aplicar os dispositivos mais benéficos ao acusado, não importa se estiverem contidos em duas, três ou quantas leis diferentes.

Por sua vez, posicionamento contrário é defendido por NUCCI[74], ao argumento de que, se houvesse permissão para a combinação de leis, estar-se-ia colocando em risco a própria legalidade, pois o magistrado, ao fazê-lo, criaria norma inexistente, por mais que se queira dizer tratar-se de mera integração de leis. O autor prossegue, quando se refere que o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, ao autorizar a aplicação da lei posterior benéfica, não legitima o magistrado a recortar pedaços da norma e aplicá-la em formação de uma totalmente inédita.

---

[70] PRADO, 2007, p. 47.
[71] JESUS, 2005, p. 94.
[72] DELMANTO, 2002, p. 7.
[73] TELES, Ney Moura. *Direito penal*: parte geral – arts. 1º a 120. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72-73. v. 1.
[74] NUCCI, 2007, p. 97.

Cumpre salientar que DAMÁSIO[75] critica este posicionamento ao frisar que, ao combinar partes de duas leis, no sentido de beneficiar o réu, “o juiz não está criando nova lei, mas movimentando-se dentro do campo legal em sua missão se integração legítima. Se ele pode escolher uma ou 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” (grifo no original).

Ao fim, destaca-se que a competência para a análise de leis penais no tempo é, evidentemente, do juiz que está a apreciar o feito. Contudo, para os que já foram julgados, e estão cumprindo pena, a competência para apreciação será do juízo da execução. E, ainda, para os que já a cumpriram, a medida adequada será a propositura da revisão criminal.

[75] JESUS, 2005, p. 94.

2 DA APLICAÇÃO DA PENA E DAS CAUSAS DE ESPECIAL AUMENTO E DIMINUIÇÃO

Nesta etapa do trabalho acadêmico, dar-se-á atenção aos aspectos gerais da pena e sua fundamentação no direito penal, com enfoque nas peculiaridades levadas em conta pelo legislador por ocasião da sua aplicação em concreto, em especial as causas de aumento e diminuição, questão que se insere diretamente no tema central da pesquisa, qual seja, a aplicação de uma das referidas causas de diminuição previstas na atual legislação antidrogas com efeitos retroativos aos crimes praticados na vigência da Lei n. 6.368/76.

2.1 CONCEITOS, FUNDAMENTOS E TEORIAS DA PENA

Primeiramente, importante destacar que, consoante NORONHA[76], o estudo da pena deve ser procedido com atenção a três grandes grupos, quais sejam, os abrangidos pelas teorias (a) absolutas, (b) relativas e (c) mistas.

2.1.1 Teorias absolutas

As teorias absolutas são pautadas no preceito da exigência de justiça, consubstanciada no corolário *punitur quia peccatum est*, ou seja, pune-se porque se cometeu crime. É a materialização da retribuição jurídica, ao que nega os fins utilitários que porventura possuísse a pena. De acordo com o mencionado autor, caracteriza-se pelo mal justo em retribuição ao mal injusto praticado pelo criminoso. Importante destacar, nesse momento, ao colher-se os ensinamentos de MANTOVANI[77], citado por Prado, para quem se deve assinalar a distinção entre retribuição moral e jurídica. A primeira, segundo o autor, é a exigência ética profunda da consciência humana; a segunda, por sua vez, encontra sua razão de ser no interior do ordenamento jurídico, ao que afirma que “o delito expressa uma contradição do

[76] NORONHA, 2001, p. 225.
[77] MANTOVANI, F. *in* PRADO, 2008, p. 489.

agente à vontade da norma e, por isso, exige uma reparação que afirme a autoridade da lei propiciada pela pena".

Salienta-se que as concepções absolutas encontram origem no idealismo alemão, cujas expressões mais significativas residem nos pensamentos de Kant e Hegel. Segundo o primeiro, a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, ou seja, de uma exigência absoluta de justiça, pelo que os eventuais efeitos preventivos dela decorrentes são alheios à sua essência. De acordo com o autor, citado por PRADO[78]:

> A pena judicial (*poena forensis*), distinta da natural (*poena naturalis*), pela que o vício pune-se a si mesmo e que o legislador não leva absolutamente em conta, não pode nunca servir simplesmente para fomentar outro bem, seja para o próprio delinqüente, seja para a sociedade civil, mas deve ser-lhe imposta tão somente porque delinqüiu; porque o homem nunca pode ser utilizado como meio senão para si mesmo, nem confundido com os objetos de Direito real (*Sachenrecht*); diante disso, protege-se a sua personalidade inata, ainda que possa ser condenado a perder a personalidade civil. Antes de se pensar em tirar dessa pena algum proveito para si mesmo ou para seus concidadãos deve ter sido julgado como merecedor de punição. A lei penal é um imperativo categórico [...] (grifo no original).

Ainda, de acordo com a teoria da retribuição lógico-jurídica de HEGEL[79], diz-se que a pena é a negação do delito, e, em conseqüência, a afirmação do direito que havia sido negado pelo delito. Segundo o autor:

> Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, em dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação dessa negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito. [...] A supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também

[78] KANT. *In* PRADO, 2008, p. 489.
[79] HEGEL. *In* PRADO, 2008, p. 489.

> encontrar na sua negação como existência. Todavia, esta identidade fundada no conceito não é a igualdade qualitativa, é a que provém da natureza em si do crime, a igualdade de valor.

Destaca-se que, na atualidade, a idéia de retribuição, no tocante à pena, dá conta de que esta deve ser proporcional ao injusto dito culpável, de acordo com o princípio da justiça distributiva. Assim, não se pode dizer que na visão moderna a noção de retribuição corresponda a um sentimento de vingança social; todavia, equivale muito mais a um princípio limitativo, segundo qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da própria pena, proporcional essa a magnitude do injusto e da culpabilidade.

2.1.2 Teorias relativas

De acordo com NORONHA[80], as teorias relativas buscam um fim utilitário na pena, ou seja, baseiam-se no pressuposto de que o delito não é a justa causa daquela, mas mera ocasião para que esta seja aplicada. O fundamento para tal entendimento é trazido por MIRABETE[81], o qual aduz que, na lição de Feurebach, pai do direito moderno e precursor do positivismo, o direito serviria para o atingimento da finalidade do Estado, qual seja, a convivência humana. Dessa forma, sendo o crime violação do direito, deve o Estado impedi-lo por meio da coação psíquica – intimidação – ou física – segregação. Afirma, ainda, que a pena é intimidação para todos, quando cominada abstratamente (previsão na norma), e para o criminoso, ao ser aplicada no caso concreto. Aqui, importante a atenção que o autor confere ao pensamento de Jeremias Bentham. Segundo referido autor, a pena é um mal tanto para o indivíduo, que percebe seus efeitos de fato, quanto para a sociedade, que se vê privada de um elemento que lhe pertence, o que se justificada pelo caráter de *utilidade*.

Por sua vez, consoante esposado por PRADO[82], a pena não se trata de uma

[80] NORONHA, 2001, p. 225.
[81] MIRABETE, 2006, p. 245.
[82] PRADO, 2008, p. 490.

necessidade em si mesma, qual seria, a de realização da Justiça, mas sim de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros, o que se consubstancia nos corolários *punnitur ut ne peccetur* e *poena relata ad effectum*. Assim, segundo o autor, a pena se justifica pelos seus próprios fins, divididos aqui em preventivos gerais e específicos.

O pressuposto da prevenção geral, também identificada como *intimidação*, pode ser definido como "temor infundido aos possíveis delinqüentes, capaz de afastá-los da prática delitiva", que é modernamente entendida como conformidade espontânea à lei, no sentido de função pedagógica ou formativa desempenhada pelo Direito Penal ao editar leis penais.

Dessa forma, diz-se que a concepção preventiva geral dá conta da "produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal"[83]. Segundo o aludido autor, pode-se resumir a prevenção geral como pressuposto que visa evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social.

Ainda, pode-se destacar a chamada *prevenção geral positiva*, que considera que a pena, como instrumento destinado à estabilização normativa, "justifica-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa"[84]. A partir do enunciado, a pena encontra sua fundamentação no reforço geral da consciência jurídica da norma.

De acordo com PRADO, podem-se enumerar três efeitos principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena em atenção à prevenção geral positiva, a destacar:

> Em primeiro lugar, o efeito da aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito da confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o Direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através de uma

[83] *Idem*, p. 492.
[84] *Id.*, p. 493.

> intervenção estatal, estabelecendo a paz jurídica.

Fala-se, ainda, da chamada prevenção especial ou particular, que, segundo o escólio de MIRABETE[85], atua no exato sentido de impedir que o delinqüente pratique novos crimes, ao intimidá-lo e corrigi-lo. Consoante PRADO[86], "enquanto a prevenção geral se dirige indistintamente à totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade, a idéia de prevenção especial refere-se ao delinqüente em si, concretamente considerado". Dessarte, tem como característica a advertência ou intimidação individual, correção ou emenda do transgressor da norma, somados, ainda, à reinserção social ou segregação, nas situações de difícil correção.

2.1.3 Teorias unitárias ou ecléticas (mistas)

As teorias ecléticas, mistas ou unitárias, segundo a lição de NORONHA[87], baseiam-se em elementos das duas escolas precedentes, ou seja, sob o presente enfoque a pena tem índole retributiva, todavia focaliza os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. Consubstancia-se no corolário *punitur quia peccatum ut ne pecceptur*, segundo o qual, a pena deve conservar seu caráter tradicional, porém outras medidas devem ser adotadas em relação àqueles que cometeram crimes, com enfoque para sua periculosidade e inimputabilidade, para os quais haveria a chamada medida de segurança[88].

Nesse passo, corrobora o exposto PRADO[89]:

> O que se observa é que a idéia de retribuição jurídica – num sentido moderno e secular da palavra –, não desaparece, inclusive se firma como relevante para a fixação da pena *justa* que tem na culpabilidade seu fundamento e limite. De certa maneira, conjugam-se expiação (compensação da culpabilidade) e retribuição (pelo injusto penal).

---

[85] MIRABETE, 2006, p. 245.
[86] PRADO, 2008, p. 494.
[87] NORONHA, 2001, p. 225.
[88] MIRABETE, 2006, p. 245.

Tecnicamente também denominada *neo-retribuição* ou *neo-retribucionismo*, de acordo com esse entendimento, a pena é justa quando assegura melhores condições de prevenção geral e especial, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social.

Ainda, importante destacar, segundo o ensinamento de PRADO[90], que a essência da pena não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão dos outros, uma vez que seu fundamento comporta uma realidade altamente complexa. Em suma, a justificação da pena envolve a prevenção geral e especial, assim também a própria reafirmação da ordem jurídica, nas palavras do autor, sem *exclusivismos*. Segundo afirma, a pena é uma necessidade social indispensável para a real proteção de bens jurídicos, a qual, em um Estado constitucional democrático, deve ser sempre *justa*, adstrita à culpabilidade do autor do fato punível.

2.1.4 Conceitos, características e princípios da pena

De acordo com MIRABETE[91], ao citar Cernicchiaro, a pena pode ser encarada sobre três aspectos, quais sejam, a perda ou privação de exercício do direito relativo a um objeto jurídico – aspecto substancial –, a necessidade de atender ao princípio da reserva legal, porquanto somente pode ser aplicada pelo poder judiciário, em atenção aos princípios do devido processo legal e contraditório – aspecto formal –, e, por último, o fato de figurar como castigo e defesa social – aspecto teleológico.

Ainda segundo o autor, ao mencionar Soler, “a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.

Já para NORONHA[92], a pena é retribuição, ou seja, é a privação de bens jurídicos imposta ao criminoso em decorrência do ato praticado, no sentido de expiação. Ressalta, nesse sentido, que se encontra fortemente enraizado na

---

[89] PRADO, 2008, p. 495-496.
[90] PRADO, 2008, p. 498.
[91] MIRABETE, 2006, p. 246.

consciência de cada um que aquele que praticou um mal deve também um mal sofrer. Aqui, não se refere à lei de talião, mas sim ao sentimento imanente de figurar como retribuição do mal feito pelo delinqüente, o que não importa na aproximação do sentido de vindita.

Nesse rumo, importante salientar, ainda de acordo com NORONHA[93], que na definição de Soler, a qual foi transcrita acima, os fundamentos da sanção são conjugados com a sua finalidade. Por sua vez, estes dois elementos redundam nos conceitos já estudados de prevenção geral e especial, adotadas pela legislação penal brasileira. Para o autor, o aludido binômio explica a pena, que não deixa de ser um mal, mas apresenta-se indispensável e imprescindível na sociedade atual.

Destaca-se, nesse momento, o conceito de pena esposado por PRADO[94], para quem "é a mais importante das conseqüências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal".

Já para NUCCI[95], pena "é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição do delito perpetrado e a prevenção a novos crimes". Afirma o autor, ainda, ao referir-se ao modelo adotado pela legislação penal brasileira, que "a pena não deixa de possuir todas as características expostas: é castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização". Prova disso é a redação do art. 59 do Código Penal, no qual é mencionado que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para reprovação e repressão do crime. Nesse sentido, DAMÁSIO é enfático: "a pena, na reforma de 1984, passou a apresentar natureza mista: é retributiva e preventiva, conforme dispõe o art. 59, *caput*, do CP".

Nesse momento, importante destacar as diversas classificações das penas, consoante DAMÁSIO[96]:

---

[92] NORONHA, 2001, p. 225-226.
[93] NORONHA, 2001, p. 226.
[94] PRADO, 2008, 9. 488.
[95] NUCCI, 2007, p. 371.
[96] JESUS, 2005, p. 520.

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

De acordo com o art. 5º, XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil:

a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa; e
e) suspensão ou interdição de direitos.

Já no Código Penal, as penas classificam-se em:

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

As penas privativas de liberdade são:

a) reclusão; e
b) detenção.

As penas restritivas de direitos são:

a) prestação pecuniária;
b) perda de bens e valores;
c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
d) interdição temporária de direitos; e
e) limitação de fim de semana.

Frisa-se, por oportuno, que a CF proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, a de caráter perpétuo, a de trabalhos forçados, a de banimento e as cruéis, em seu art. 5º, XLVII.

No presente trabalho acadêmico, será conferida maior atenção ao estudo das penas privativas de liberdade, as quais comportarão análise em tópico específico, por

tratar-se da modalidade adotada pelo legislador no crime de tráfico de drogas tipificado na Lei n. 11.343/06, objeto do presente trabalho.

Retira-se do escólio de MIRABETE[97] as características gerais da pena, quais sejam, a legalidade, personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade. Alguns desses confundem-se com os princípios fundamentais da pena, enumerados por DOTTI[98], tais como a personalidade e a proporcionalidade, que se somam, ainda, aos princípios da humanidade, anterioridade da lei penal, individualização, necessidade, suficiência e utilidade.

Sobre as características da pena, prudente colacionar-se breve síntese colhida da obra de MIRABETE[99]:

> O princípio da legalidade consiste na existência prévia de lei para a imposição da pena (*nulla poena sine lege*), previsto no art. 1º do Código Penal. A característica personalidade refere-se à impossibilidade de estender-se a terceiros a imposição da pena. Por isso, determina-se que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado" (art. 5º, XLV, primeira parte, da CF), proibindo-se, por exemplo, as penas infamantes. A nova Constituição, porém, prevê a cominação da pena de "perda de bens" (art. 5º, XLVI, *b*), permitindo expressamente que a decretação de perdimento de bens possa ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. XLV, segunda parte). A exceção mutila o princípio da personalidade da pena. Os efeitos secundários da pena de prisão com relação aos dependentes do criminoso são corrigidos com medidas sociais (auxílio reclusão, descontos na remuneração do sentenciado etc.) Deve haver, ainda, *proporcionalidade* entre o crime e a pena; cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado. Essa característica, entretanto, é abrandada no direito positivo: a Constituição Federal determina que "a lei regulará a individualização da pena" (art. 5º, XLVI), e o Código Penal refere-se, quando da aplicação da pena, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente (art. 59), à reincidência (art. 61, I) etc. Por fim, a pena deve ser inderrogável: praticado o delito, a imposição deve ser certa e a pena cumprida. Tal caráter também é suavizado em várias situações, conforme a lei penal. São os casos da suspensão condicional, do livramento condicional, do perdão judicial, da extinção

[97] MIRABETE, 2006, p. 246.
[98] DOTTI, 2005, p. 440.
[99] MIRABETE, 2006, p. 246-247.

> da punibilidade etc. (grifo no original)

Por sua vez, com relação aos princípios que informam a pena, os quais, como dito, muitas vezes confundem-se com as suas próprias características, retira-se do ensinamento de NUCCI[100]:

> [...] São princípios regentes da penas os seguintes: a) princípio da *personalidade* ou da *responsabilidade pessoal*, que significa ser a pena *personalíssima*, não podendo passar da pessoa do delinqüente (art. 5º, XLV, CF); b) princípio da *legalidade*, que significa não poder a pena ser aplicada sem *prévia* cominação legal – *nulla poena sine praevia lege* (art. 5º, XXXIX, CF); c) princípio da *inderrogabilidade*, que significa ser a pena inderrogável, uma vez constatada a prática da infração penal, ou seja, não pode ser aplicada (conseqüência da *legalidade*); d) princípio da *proporcionalidade*, que significa dever ser a pena *proporcional* ao crime, guardando equilíbrio entre a infração praticada e a sanção imposta (art. 5º, XLVI, CF); e) princípio da *individualização da pena*, demonstrando que, para cada delinqüente, o Estado –juiz deve estabelecer a pena exata e merecida, evitando-se a *pena-padrão*, nos termos estabelecidos pela Constituição (art. 5º, XLVI); princípio da *humanidade*, querendo dizer que o Brasil vedou a aplicação de penas insensíveis e dolorosas (art. 5º, XLVII, CF), devendo-se respeitar a integridade física e moral do condenado (art. 5º, XLIX). (grifo no original)

Frisa-se, por oportuno, que se deixa de analisar tais características e princípios por não serem pertinentes ao estudo do tema objeto do presente trabalho acadêmico.

2.2 ETAPAS DO DINAMISMO DA PENA – COMINAÇÃO E APLICAÇÃO

A distinção entre os conceitos de cominação e aplicação da pena, muito embora não possua correlação direta com o tema central do presente trabalho acadêmico, deve ser abordada para que a sua utilização nas etapas subseqüentes da pesquisa não traga dupla interpretação ao leitores, haja vista existir uma diversidade de conceitos e significados utilizados pela doutrina específica.

---

[100] NUCCI, 2007, p. 378.

Sobre o tema, adotam-se os conceitos esposados por DOTTI[101], os quais, por oportuno, trasladam-se a seguir.

Segundo o mencionado autor, *cominação* consiste na indicação precisa da resposta penal para cada tipo de ilícito, pelo que assume o caráter de ameaça da aplicação concreta de uma sanção como contragolpe à prática do ilícito. Ressalta-se que cominação distingue-se de simples previsão, conforme assevera o autor, em atenção ao disposto no art. 5º, XLVI da Constituição Federal, o qual afirma que "a lei [...] adotará, entre outras, as seguintes (penas)", de modo que se infere que a Lei Maior prevê a viabilidade de penas a serem cominadas pelo Código Penal e legislação extravagante. Como exemplo dessa distinção, de acordo com o autor, tem-se a Lei n. 9.714/98, que cominou a pena de perda de bens prevista dez anos antes pela Constituição Federal (art. 43, II, do Código Penal).

A esse respeito, NUCCI[102] introduz, ainda, a possibilidade de cominação *in abstracto* nas formas isolada, cumulativa e alternativa. A primeira se dá quando somente uma pena é prevista ao agente, como a pena privativa de liberdade no crime de homicídio; já a segunda dá-se quando ao agente é possível aplicar mais de uma modalidade de pena, como a privativa de liberdade cominada com a de multa para o crime de furto; por fim, com relação à terceira, vê-se que ocorre quando há possibilidade da opção entre duas modalidades diferentes, como no caso do crime de ameaça (privativa de liberdade ou multa).

Por sua vez, no tocante à aplicação da pena, segundo DOTTI, entende-se por aplicação da pena ou da medida de segurança aos casos concretos, atividade que é de exclusividade do Poder Judiciário. Em suma, é o momento em que o aplicador do Direito atua diretamente na subsunção do fato típico à pena abstratamente cominada na norma, individualizando-a aquele que cometeu um delito.

2.3 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Nesta etapa do trabalho acadêmico, abordar-se-á com mais profundidade os

[101] DOTTI, 2005, p. 437.
[102] NUCCI, 2007, p. 377.

aspectos gerais das penas privativas de liberdade, as quais, na modalidade de reclusão, são cominadas para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes da Lei n. 11.343/06.

Primeiramente, cumpre salientar que, sem adentrar-se nos pormenores da discussão doutrinária e jurisprudencial atinente ao tema, o art. 44 do mencionado Diploma encerra a vedação, para os crimes tipificados nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37, dos benefícios da liberdade provisória, fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia, além de proibir a conversão das penas em restritivas de direitos, o que reforça a necessidade do estudo da modalidade de pena a que atine o presente tópico.

Além disso, importante destacar que, muito embora trate o crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06) da pena de reclusão, seu estudo deve dar-se em contraposição à modalidade detenção, de modo que se proceda à melhor definição daquela e à distinção entre ambas.

De acordo com NORONHA[103], a pena privativa de liberdade é decorrência de seu próprio *nomem juris*, ou seja, é aquela que retira do condenado, ainda que de forma mais rígida ou branda, o direito à liberdade, e consiste em mantê-lo em algum estabelecimento prisional, por um determinado tempo, em conformidade com o regime imposto.

Já para DOTTI[104], a pena privativa de liberdade consiste na mais grave das sanções previstas pelo ordenamento jurídico-penal, uma vez que não são admitidas pelo direito brasileiro a pena de morte (salvo em caso de guerra declarada – art. 5º, XLVII, *a*, da CF), a prisão perpétua, a de trabalhos forçados, banimento e outras de natureza cruel. Ou seja, para determinadas formas de ilicitude, dada a sua gravidade, não existe outra providência estatal suficiente para garantir os primados da prevenção e repressão à atividade criminosa.

Nos ensinamentos de NUCCI[105] verifica-se que existem três espécies de penas privativas de liberdade, quais sejam, a de reclusão, detenção e prisão simples, modalidades que poderiam ser unificadas sob o nome de pena de prisão. Pertine ao

[103] NORONHA, 2001, p. 234.
[104] DOTTI, 2005, p. 448.
[105] NUCCI, 2007, p. 381.

presente trabalho acadêmico o estudo dos pormenores da espécie *reclusão*, nas penas privativas de liberdade, pois, como dito, é aquela cominada para o crime de tráfico de drogas da Lei n. 11.343/06.

Dessarte, transcreve-se trecho da obra de NUCCI[106], na ocasião em que estabelece diferenças entre as espécies reclusão e detenção. *Ipsis litteris*:

> Quanto às diferenças entre as penas de reclusão e detenção, destinadas ao crime, temos basicamente cinco: a) a reclusão é cumprida *inicialmente* nos regimes fechado, semi-aberto e aberto; a detenção somente pode ter início no regime semi-aberto ou aberto (art. 33, *caput*, CP); b) a reclusão pode acarretar como *efeito da condenação* a incapacidade para o exercício do pátrio poder (atualmente, denominado, pelo Código Civil, poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos a esse tipo de pena, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, CP); c) a reclusão propicia a *internação* nos casos de medida de segurança; a detenção permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial (art. 97, CP); d) a reclusão é cumprida *em primeiro lugar* (art. 69, CP); e) a reclusão é prevista para crimes mais graves; a detenção é reservada para os mais leves, motivo pelo qual, no instante da criação do tipo penal incriminador, o legislador sinaliza à sociedade a gravidade do delito. (grifo no original)

Ainda, de acordo com o autor, existem algumas diferenças no tocante ao processo penal, das quais se destaca a proibição de fiança aos delitos apenados com reclusão, cuja pena mínima for superior a dois anos (art. 323, I, CPP), por exemplo.

Ressalta-se, por oportuno, consoante se depreende da leitura do excerto supramencionado, no qual se verifica o grifo da palavra inicialmente, ao referir-se ao regime de cumprimento de pena, que, nos crimes de traficância de tóxicos, equiparados a hediondo pela Lei n. 8.072/90, não mais se poderá cumprir sua integralidade em regime fechado, entendimento este que foi consolidado pela decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 82.959/SP (julgado em 23-2-2006), no qual foi declarado inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, situação que acabou por vedar a fixação do cumprimento de pena em regime integralmente fechado. Além disso, com o advento da Lei n. 11.464/07, tal

[106] NUCCI, 2007, p. 381.

entendimento passou a integrar o ordenamento jurídico, o qual conferiu nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072/90, no sentido de que a pena pelo crime de tráfico de drogas previsto nesse artigo seja cumprida inicialmente em regime fechado.

A esse respeito, bem analisou a douta Primeira Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em Acórdão da lavra do eminente Desembargador José Carlos Carstens Köhler, cuja ementa, por percuciente e elucidativa, colaciona-se:

> [...] REGIME PRISIONAL – RESGATE DA PENA INTEGRALMENTE NO SISTEMA FECHADO – SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 11.464/07, QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO DISPOSITIVO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS QUE VEDADA A PROGRESSÃO DE REGIME – ADEQUAÇÃO PARA QUE A REPRIMENDA SEJA CUMPRIDA INICIALMENTE NO SISTEMA FECHADO [...]. (TJSC. Ap. Crim. n. 2007.018016-5, de Trombudo Central, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 26-6-2007).

Ademais, a respeito dos regimes de cumprimento de pena, alguns pontos importam análise. Segundo MIRABETE[107], com a alteração do sistema de penas introduzida pela Lei n. 6.416/77, os condenados passaram a ser divididos em perigosos e não-perigosos, para efeito de cumprimento da pena de reclusão e detenção. Todavia, com o advento da Lei n. 7.209/84, foi afastada a distinção do regime a ser adotado em função da periculosidade do agente, pelo que passou a ser sopesado, para esse fim, o próprio mérito do candidato, por ocasião do cumprimento da pena, e num momento inicial, o de fixação, o *quantum* de pena imposta e a ocorrência ou não da reincidência.

Ainda segundo o autor, mantêm-se três os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade, a destacar: a) regime fechado, cuja execução dá-se em estabelecimentos de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto, com execução em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e c) regime aberto, com a execução em casa do albergado ou estabelecimento adequado, a teor

[107] MIRABETE, 2006, p. 255-256.

do art. 33, § 1º, do Código Penal[108].

Por fim, frisa-se que, de acordo com NORONHA, que a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime progressivo, em atenção única e exclusivamente ao mérito do condenado, a teor do art. 112 da Lei de Execuções Penais e art. 33, § 2º do Código Penal, assim como é possível a regressão, de acordo com os ditames do art. 118 da Lei de Execuções Penais. Ao explicar a progressão de regime, NUCCI[109] assevera: "significa que, a cada um sexto em regime mais rigoroso, pode o condenado ser transferido para regime mais brando (do fechado para o semi-aberto, por exemplo, caso demonstre merecer o benefício".

2.4 APLICAÇÃO DA PENA *IN CONCRETO*

Importante para a coesão do trabalho acadêmico, procede-se, nesta etapa, ao estudo das variáveis que envolvem a aplicação da pena nos casos concretos, ocasião em que serão explicitadas, juntamente com a sistemática de ponderação utilizada pela legislação penal para a fixação da pena. Justifica-se seu estudo justamente por abordar, nas etapas do cálculo da reprimenda, as causas de diminuição de pena e seu modo de contabilização, o que, conseqüentemente, permitirá a apuração do montante de diminuição em decorrência da aplicação da causa de diminuição do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

De início, vale destacar o conceito de aplicação da pena, para o qual se extrai do ensinamento de NUCCI[110], *in verbis*:

> É o método judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada). Trata-se da fiel aplicação do princípio constitucional da individualização da pena, evitando-se a sua indevida padronização.

[108] MIRABETE, 2006, p. 256.
[109] NUCCI, 2007, p. 383.
[110] *Idem*, p. 433.

Por sua vez, PRADO[111], ao tratar do tema, refere-se mais amplamente à *determinação da pena*, conceito atribuído não apenas à fixação da espécie e do respectivo montante da pena, mas também que abrange a sua eventual substituição ou suspensão condicional. Ainda, segundo o autor, a determinação da pena pode se dar segundo três sistemas, quais sejam, o da absoluta determinação, absoluta indeterminação e relativa determinação. Frisa-se que sua caracterização não pertine ao tema em estudo, razão pela qual se deixa de procedê-la.

Importante salientar que, no sistema penal brasileiro, as penas fixadas *in concreto* devem obedecer aos limites cominados pelo legislador *in abstracto*, de modo que, ao Magistrado, resta a sua aplicação de acordo com o seu arbítrio, condicionado aos elementos que influenciam na ponderação da reprimenda.

A respeito do tema, bem preleciona NORONHA[112]:

> Na aplicação da pena, foi dada certa latitude ao juiz, não somente em relação à quantidade, mas também à escolha entre as penas alternativamente cominadas, à faculdade de aplicar cumulativamente penas de espécie diversa e deixar de aplicar qualquer uma das cominadas. [...] A pena não tem mais em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ele apresenta, há de o juiz considerar a pessoa de quem o praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, estudo de sua personalidade, sem olvidar sobretudo a possibilidade de tornar a delinqüir, ou a periculosidade.

Dessarte, passa-se, nesse momento da tessitura, à análise dos aludidos elementos que devem ser sopesados pelo Sentenciante por ocasião da fixação das penas aos acusados, por ocasião da sentença condenatória.

Primeiramente, importante ressaltar o papel das chamadas *circunstâncias judiciais*, consignadas no art. 59 do Código Penal, que, na lição de NUCCI[113], "são elementos que volteiam a realização do delito, sem afetar-lhe a existência, mas que influem na fixação da pena, materializando-se conforme as pessoais convicções do magistrado".

---

[111] PRADO, 2008, p. 574.
[112] NORONHA, 2001, p. 250-251.
[113] NUCCI, 2007, p. 434.

Ainda, segundo NORONHA[114], “tem a aplicação da pena sede principal no art. 59, que impõe ao juiz determinar a pena justa, dentre as cominadas alternativamente, e fixar, dentro dos limites legais, a quantidade”.

Cumpre salientar que, de acordo com a redação do aludido dispositivo penal, são oito o número de circunstâncias judiciais, a destacar: a culpabilidade, que representa o conjunto dos demais, acrescida dos antecedentes, da conduta social, da personalidade, dos motivos do crime, das circunstâncias e conseqüências do crime e do comportamento da vítima.

De outro lado, na fixação da pena, deve o magistrado atentar para as chamadas *circunstâncias legais genéricas*, formadas pelas circunstâncias *agravantes* e *atenuantes*. Por decorrência lógica, as que agravam a pena denominam-se agravantes e as que a mitigam denominam-se atenuantes. Importante salientar, nesse momento, que a aplicação de tais circunstâncias está adstrita aos limites mínimo e máximo abstratamente cominados em cada tipo penal pelo legislador.

Com relação às primeiras, dispostas nos arts. 61 a 64 do Código Penal, cumpre salientar tratar-se de rol taxativo, que não comporta extensão por uso de qualquer mecanismo, até mesmo analogia, de modo a aumentar as suas hipóteses de incidência. Destaca-se, por oportuno, que a agravante consignada no art. 61, I, do Código Penal (reincidência) aplica-se indistintamente aos crimes praticados na modalidade culposa e dolosa, e as demais agravantes aplicam-se apenas às condutas dolosas. São agravantes a reincidência e o cometimento do crime: por motivo fútil ou torpe, para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime, à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido, com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum, contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica, com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, contra

[114] NORONHA, 2001, p. 251.

criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida, quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade, em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido, em estado de embriaguez preordenada, e nos casos de concurso de pessoas estipulados no art. 62 do Código Penal.

Já com relação às atenuantes, como dito, são compostas pelas circunstâncias do art. 65 do Código Penal, de rol taxativo, mas que, porém, admite a possibilidade da atenuante inominada do art. 66 do Código Penal. São estas: ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença, o desconhecimento da lei, e ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral, procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano, cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime e cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. No art. 66 do Código Penal, lê-se que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Ademais, têm-se as *causas de aumento ou diminuição de pena*, que se encontram, ora na parte geral, ora na parte especial, quando integram o próprio tipo, do Código Penal. Ainda, podem estar contidas na legislação extravagante. Às causas de aumento e diminuição dispostas na parte especial do Código Penal dá-se o nome de causas de *especial* aumento ou diminuição. Diz-se que as causas de aumento são de aplicação obrigatória, ressalvada a do art. 60 do CP, que menciona o verbo “pode”; já as causas de diminuição são facultativas, a exceção da insculpida no art. 14, parágrafo único, do aludido Diploma. A esse respeito, melhor elucida DAMÁSIO[115]:

> A expressão “causa facultativa” de redução de pena, aliada ao termo “pode” empregado pelo CP nas disposições que a contêm, não indica

[115] JESUS, 2005, p. 579.

> poder o juiz reduzir ou não a sanção penal, segundo o seu puro arbítrio, não obstante a presença das circunstâncias exigidas. Se estas se mostram presentes, a redução é obrigatória, reservando-se ao juiz a tarefa de determinar o *quantum* da diminuição.

Nesse sentido, PRADO[116] leciona que as causas de aumento e diminuição, diferentemente das circunstâncias agravantes e atenuantes, permitem a majoração ou redução da reprimenda além ou aquém dos limites máximo e mínimo cominados abstratamente para cada crime.

Frisa-se que o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 trata-se de uma causa de especial diminuição de pena, em que se determina, para as situações lá previstas, as quais comportarão análise em momento posterior, redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da reprimenda.

Importante, nesse oportuno, tecer-se alguns comentários com relação às qualificadoras, as quais, consoante DAMÁSIO[117], são circunstâncias legais especiais ou específicas previstas na parte especial do Código Penal, justapostas à figura típica fundamental.

Frisa-se que, diferentemente das causas de aumento de pena, que estipulam graus de aumento, as qualificadoras majoram os limites mínimo e máximo da reprimenda originalmente cominada ao tipo penal, para aqueles que cometerem o crime em determinada circunstância. Estabelecem, assim, novos limites máximos e mínimos em que a pena será concretamente fixada. A esse respeito, bem enumera DAMÁSIO[118]:

> Embora parte da doutrina denomine as causas de aumento de pena previstas na Parte Especial “qualificadoras”, entendemos que existe diferença entre elas. Quando a norma penal prevê uma causa de aumento de pena na descrição dos crimes, não menciona expressamente o mínimo e o máximo: diz que a pena é aumentada de um a dois terços, de um sexto até metade, de um terço, de metade, o dobro etc. [...] Quando, porém, trata-se de uma qualificadora propriamente dita, o Código, aumentando a pena, comina o mínimo e o máximo.

[116] PRADO, 2008, p. 571.
[117] DAMÁSIO, 2005, p. 580
[118] *Idem*.

Feitas estas considerações, passa-se à análise da dosimetria da pena propriamente dita, de forma perfunctória, já que ao presente trabalho acadêmico interessa tão-somente as operações básicas levadas a cabo pelo magistrado por ocasião da fixação da reprimenda, com especial atenção à incidência das causas de diminuição de pena.

A esse respeito, importante salientar que o Código Penal, por meio da substancial reforma que sofreu em 1984 (Lei n. 7.209), passou a adotar o modelo trifásico defendido por Nélson Hungria, segundo o qual a pena-base será fixada em atenção ao critério do art. 59, seguida pela ponderação das circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, das causas de aumento e diminuição. Tal definição foi materializada no art. 68 do Código Penal, o qual afirma que "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 de aumento".

Dito isso, verifica-se que, na primeira fase da dosimetria da pena, correspondente à fixação da pena-base, como dito, tem essa como balizadoras as circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Por pena-base, segundo NORONHA[119], ao citar Nélson Hungria, "entende-se o *quantum* encontrado pelo juiz com fundamento nas circunstâncias judiciais, tirante as circunstâncias legais genéricas (agravantes e atenuantes) e as causas de aumento e diminuição".

A segunda fase, por sua vez, corresponde à verificação da existência e posterior cotejo das circunstâncias legais genéricas (agravantes e atenuantes), situação em que, atestada a sua ocorrência, procede-se ao cálculo, tudo a teor do art. 67 do CP. Conforme anteriormente esposado, por ocasião do estudo das causas de aumento e diminuição, verifica-se que as circunstâncias atenuantes e agravantes não podem, num primeiro momento, conduzir à fixação da pena abaixo ou acima dos limites mínimo e máximo cominados pela norma penal para o tipo específico, ainda que se travem debates doutrinários relevantes a esse respeito. Contrariamente à regra geral, manifesta-se Luiz Régis Prado[120].

[119] NORONHA, 2001, p. 254.
[120] PRADO, 2008, p. 580-581.

Por derradeiro, na terceira e última fase, procede o sentenciante à análise das causas de aumento e diminuição previstas na parte geral ou especial do Código Penal ou na legislação especial, tal qual ocorre com a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06. Como esposado alhures, pacífico na doutrina que a incidência das causas de especial aumento ou diminuição pode fazer com que as penas definitivamente aplicadas ultrapassem os limites mínimo e máximo cominados em abstrato, sem que, com isso, se esteja incorrendo em ferimento à norma. A esse respeito, bem fundamentou NUCCI[121]:

> As causas de aumento e diminuição, por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, como também admitem o estabelecimento da pena abaixo do mínimo. Podem ser previstas em *quantidade fixa* (ex.: art. 121, § 4º, determinando o aumento de 1/3) ou em *quantidade variável* (ex.: art. 157, § 2º, determinando um aumento de 1/3 até a metade.

Salienta-se, a tempo, que, juntamente com o *quantum* de pena a ser fixado em concreto, deve o sentenciante, por ocasião da sua fixação, estabelecer, de acordo com os preceitos da prevenção e repressão do crime, as penas aplicáveis dentre as cominadas (reclusão, detenção, multa); o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e, em caso de pena de prisão, determinar o regime inicial de sua execução; e a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível[122].

[121] NUCCI, 2007, p. 471.
[122] PRADO, 2008, p. 577-578.

3 AS INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE TÓXICOS E O BENEFÍCIO DO § 4º DO ART. 33, DA LEI Nº. 11.343/06

No presente capítulo tratar-se-á do tema central do trabalho acadêmico, qual seja, do crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06 e da causa de diminuição de pena insculpida no § 4º do aludido dispositivo legal, especialmente com relação à eventual aplicação retroativa do benefício para aqueles que praticaram as condutas de tráfico de drogas na vigência da Lei n. 6.368/76.

Nesse rumo, importante salientar que, na análise do tipo penal supramencionado, deve-se, primeiramente, proceder a retomada histórica e aos antecedentes da Lei n. 11.343/06, o que, salvo melhor juízo, servirá para compreensão acerca da vontade do legislador ao impor as mudanças no grau de repressão consignado no novel Diploma.

Ainda, destaca-se, será discutida a possibilidade de retroação do benefício do § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas, ao que se demonstrará, segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, a sua aplicabilidade, e, em caso afirmativo, como se deve proceder no caso concreto, em especial no cálculo das reprimendas, ante os diversos modos de interpretação do benefício.

3.1 ANTECEDENTES DA LEI N. 11.343/06: LEIS ESPARSAS, LEI N. 6.368/76 E LEI N. 10.409/02

Primeiramente, cumpre salientar os modelos existentes em relação à política criminal do combate ao uso de drogas, os quais, segundo GOMES[123], consubstanciam-se no (a) modelo norte-americano; (b) modelo da liberalização total; (c) modelo da redução de danos; e (d) modelo da justiça terapêutica.

No primeiro, (a) o modelo norte-americano, o legislador busca a abstinência total do uso e comércio de drogas e a tolerância zero a tais atividades. Para essa visão, as drogas constituem-se um problema policial, que deve ser resolvido por meio

[123] GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei de drogas não prevê prisão para o usuário.* Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060731190257489>

da forte repressão da autoridade estatal, por meio do encarceramento em massa dos envolvidos com as drogas.

Já no modelo da (b) liberalização total, conhecido também por modelo liberal-radical, defendido por John Stuart Mill, prega-se a liberalização total das drogas, sobretudo com enfoque no usuário, o que inclui a legalização da posse e do uso, somada, ainda, à liberalização do comércio, como política necessária a combater o quadro de corrupção existente na repressão aos entorpecentes, assim como para mitigar os danos à saúde e os prejuízos sociais associados ao uso de drogas.

Por sua vez, no modelo da (c) redução de danos, também conhecido como sistema europeu, há forte oposição ao sistema norte-americano de repressão e combate às drogas, ao passo que se adota uma estratégia diversa da abstinência e tolerância zero. Batalha pela redução dos danos causados pelo uso de drogas ao usuário e a terceiros, o que faz por meio da distribuição de seringas, assistência médico-hospitalar, liberalização gradual de locais para consumo e descriminalização paulatina, associada a um programa educacional que trate dos entorpecentes como verdadeiro problema de saúde.

Por fim, no modelo (d) da justiça terapêutica, há uma disseminação do tratamento do usuário de drogas como medida adequada para o combate ao seu consumo, situação que gera grande confusão, sobretudo nos conceitos de usuário e dependente.

Com relação à legislação que trata do uso e do comércio de drogas no Brasil, podem-se abordar três etapas distintas, a destacar as legislações anteriores à Lei n. 6.368/76, essa própria, e a Lei n. 10.409/02.

De início, cumpre destacar que vigiam no Brasil no período colonial as ordenações portuguesas (afonsinas, manuelinas e filipinas, sucessivamente), que instituíram, em matéria criminal, uma política muito ligada ao direito penal medieval, revestida de crueldade e associada à noção de pecado. Não havia, nesse período, noção da pessoa humana, pelo que eram muito comuns as penas infamantes e cruéis, advindas da noção de castigo que era impressa nos Diplomas penais. A esse

respeito, MIRABETE[124] bem enuncia:

> O crime era confundido com pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. Eram crimes a blasfêmia, a bênção de cães, a relação sexual de cristão com infiel etc. As penas, severas e cruéis (açoites, degredo e mutilação, queimaduras etc.), visavam infundir o temor pelo castigo. Além da larga cominação da pena de morte, executada pela forca, pela tortura, pelo fogo etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés.

No tocante ao consumo e ao comércio de drogas no Brasil, a primeira legislação que tratou do tema foram as ordenações filipinas, que, em seu art. 89, dispunha que ninguém deveria ter em casa “rosalgar”, nem deveria vendê-lo, assim como qualquer outro material que chamou de “venenoso”.

Na legislação Imperial, mais especificamente no Código Criminal do Império, que entrou em vigor pela Carta de Lei de 8 de janeiro de 1830, não havia nenhuma menção acerca da matéria, algo que apenas foi procedido com a entrada em vigor do Regulamento de 29 de setembro de 1851, que disciplinou o uso e o comércio de “substâncias medicinais e de medicamentos”, assim como tratou da polícia sanitária.

Por sua vez, no Código Republicano de 11 de outubro de 1890 (Decreto n. 847), em seu art. 159, punia-se com multa o crime de expor à venda ou ministrar drogas, as quais denominava de substâncias venenosas, consoante se infere, a seguir: “art. 159. Expôr a venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidade prescriptas nos regulamentos sanitarios: Pena – de multa de 200 a 500 mil réis”[125]. Ressalta-se que referido dispositivo foi mantido com a Consolidação das Leis Penais, incorporada ao ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 22.213 de 14 de dezembro de 1932[126].

Com o advento do Decreto n. 780, que visava dar efetividade aos acordos internacionais sobre a fiscalização e a repressão do comércio ilícito de drogas, com destaque para a Convenção de Genebra de 1936, foi instituída a Comissão Nacional

---

[124] MIRABETE, 2006, p. 24.
[125] CIESPI. Disponível em: http://www.ciespi.org.br/base_legis/baselegis_view.php?id=42. Acesso em: 1-11-08.
[126] GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: Prevenção – repressão*. São Paulo: Saraiva, 2006.

de Fiscalização de Entorpecentes, em seu art. 3º, que, ao se turno, dispunha:

> A comissão terá a seu cargo o estudo e a fixação de normas geraes de acção fiscalizadora do cultivo, extracção, producção, fabricação, transformação, preparo, posse, importação, reexportação, offerta, venda, compra, troca, cessão, bem como a repressão do tráfico e uso illícitos de drogas entorpecentes, incumbindo-lhe todas as atribuições decorrentes dos objectivos geraes, para os quaes é constituida.

Nesse oportuno, destaca-se que o art. 33 do Decreto n. 891 de 1938, que alterou o Decreto n. 780 de 1936, passou a punir de forma equiparada as condutas de tráfico e consumo de drogas, a primeira que não se encerrava nesse único artigo, assim como proibia o gozo dos benefícios da suspensão da execução da pena e o do livramento condicional, *in verbis*:

> Art. 33. Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000$000 a 5:000$000.

Já com o Código Penal de 1940, o comércio e a facilitação do uso de drogas era punido com reclusão, em seu art. 281; todavia, não havia distinção entre as figuras do comerciante de substâncias entorpecentes do mero usuário. Segundo o aludido dispositivo penal:

> 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.
> § 1° 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.
>
> § 3° As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:
> I - Instiga ou induz alguem 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 - contribue 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.

Ainda, com a edição da Lei n. 5.276/71, alterou-se a redação do art. 281 do Código Penal vigente, no qual foi recrudescida a pena para comerciantes de entorpecentes e usuários. De acordo com a redação:

> Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, 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 em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinqüenta) a 100 (cem) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País.

Após o agravamento das penas para o crime de tráfico de drogas constante do Código Penal de 1940, pela Lei n. 5.276 de 1971, surge no cenário nacional, em 21 de outubro de 1976, a Lei n. 6.368, que revogou o art. 281 do Diploma substantivo, e criou tipos penais autônomos para abarcar a situação do traficante (art. 12) e do usuário de drogas (art. 16).

Cumpre salientar que a lei é dividida em cinco capítulos, a destacar: (a) da prevenção, (b) do tratamento e da recuperação, (c) dos crimes e das penas, (d) do

procedimento criminal e (e) das disposições gerais. De acordo com GUIMARÃES[127], "é, do ponto de vista da política criminal, referida, basicamente, ao estabelecimento da política de prevenção e tratamento e da política de repressão às condutas que ponham em risco de dado ou que causem efetivo dano à saúde".

Em seu art. 12 estava consignado, *ipsis litteris*:

> Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
> Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Por sua vez, em seu art. 16 lia-se:

> Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinqüenta) dias-multa.

Destaca-se, nesse oportuno, que, muito embora diferenciasse as figuras do traficante e do usuário, a Lei n. 6.368/76, por trazer núcleos em comum para os tipos referentes às duas figuras, acabou por ocasionar uma série de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais advindas da necessidade de estabelecer-se com clareza em quais circunstâncias davam-se cada uma das condutas. Nesse passo, acabou-se por diferenciar a figura do traficante e a do usuário em razão da quantidade de droga apreendida em sua posse, circunstâncias da apreensão, investigação dos milicianos, dentre outros. A esse respeito, reiteradas vezes decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao reverberar o entendimento dos Tribunais Superiores:

---

[127] GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Tóxicos*: comentários, jurisprudência e prática (à luz das leis 10.409 e 6.368/76). 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

> APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – NARCOTRAFICÂNCIA – MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES – GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ESTUPEFACIENTE APREENDIDA JUNTAMENTE COM APETRECHOS UTILIZADOS PARA A NARCOTRAFICÂNCIA – PROVA TESTEMUNHAL UNÍSSONA E COERENTE COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLHIDOS DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL – INVIABILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 16 DA LEI N. 6.368/76 – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90 DECLARADA PELO PRETÓRIO EXCELSO – ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA DE INTEGRALMENTE FECHADO PARA INICIALMENTE FECHADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> [...]
> O comércio ilícito de drogas é comprovado pelas circunstâncias da prisão, a forma do material tóxico apreendido, a conduta do acusado e pelas informações das testemunhas da prisão. Tais indícios levam à conclusão inequívoca da mercancia, admitindo a condenação na ação penal[128] (sem grifo no original).

Ainda com relação à evolução da legislação de combate e repressão ao comércio e ao uso de substâncias entorpecentes, importante destacar a Lei n. 10. 409 de 11 de janeiro de 2002, que tinha por objetivo substituir integralmente a Lei n. 6.368/76, o que, de fato, não ocorreu, ante o veto presidencial. De acordo com GUIMARÃES[129], tratou esta lei do estabelecimento da política de prevenção, erradicação e tratamento, e da política de repressão às condutas que colocassem em risco de dado ou que causassem efetivo dano à saúde.

Salienta-se que a referida lei entrou em vigor com praticamente metade dos dispositivos vetados pelo Presidente da República, neles incluídos toda a parte da política criminal e do direito material, além do art. 59, que previa a revogação da Lei n. 6.368.

Havia na Lei n. 10.409 o crime de tráfico de drogas, em seu art. 14, que assim prescrevia:

> Art. 14. Importar, exportar, remeter, traficar ilicitamente, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, financiar, expor à venda, oferecer,

[128] TJSC. Ap. Crim. n. 2006.020975-4, de Garopaba, rel. Des. Solon d'Eça Neves. j. em 1-8-2006.
[129] GUIMARÃES, Isaac Sabbá. 2004.

> ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar a consumo e oferecer, ainda que gratuitamente, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena: reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa.

Do mesmo modo, encerrava um novo tratamento para o usuário de drogas nos arts. 19 a 21, os quais, por integrarem o capítulo III, igualmente foram vetados, sob o argumento de que as medidas previstas no art. 21 como substituição à pena de prisão careciam de limites estritos, o que acabou por gerar um vício de constitucionalidade, em atenção ao disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Como dito anteriormente, por ter sido vetado o dispositivo que revogava a Lei n. 6.368/76, passou a coexistir esta com a Lei n. 10.409/02, o que gerou uma série de dificuldades para os intérpretes da norma por ocasião da aplicação dos seus dispositivos aos casos concretos. Consoante CAPEZ[130], a anterior legislação antitóxicos brasileira passou a integrar a parte penal de 1976, com a processual de 2002.

Em síntese, estavam em vigor:

a) Do ponto de vista material (penal), a Lei n. 6.368/76, com os tipos previstos nos art. 12 a 17, assim também como a causa de aumento do art. 18 e a dirimente do art. 19, que compunham integralmente o capítulo III;
b) No tocante aos dispositivos processuais, a Lei n. 10.409/02, com a matéria regulada nos seus Capítulos IV e V (procedimento penal e instrução criminal, respectivamente).

Nesse passo, importante salientar que, na lição de LIMA[131], a nova lei buscou claramente mitigar o tratamento anteriormente dispensado ao usuário e ao dependente de drogas em oposição à figura do traficante, fato que já vinha ocorrendo nas reiteradas decisões prolatadas pelos tribunais superiores, apesar do fato de ter

---

[130] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: legislação penal especial. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 682. v. 4.
[131] LIMA, Arnaldo Siqueira de. *Os juizados especiais criminais e os crimes de tóxicos*. Revista Consulex. São Paulo, out. 2002, p. 18-19. v. 139, ano 4.

sido revogada, nesse aspecto, pelo Presidente da República.

3.2 A LEI N. 11.343/06, O CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33

3.2.1 Visão geral da Lei n. 11.343/06

A nova lei de prevenção e combate ao comércio de drogas – Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006 – foi originada do Projeto de Lei n. 7.134/02, e passou a vigorar 45 dias após a publicação, que se deu em 24 de agosto de 2006, ou seja, em 8 de outubro de 2006. Trouxe, como grande inovação, a unificação da legislação antidrogas no Brasil, com a revogação expressa, em seu art. 75, das Leis n. 6.368/76 e 10.049/02, o que pôs fim às interpretações diversas sobre a coexistência dos mencionados diplomas legislativos.

Com o advento da Lei n. 11.343/06, foi criado no Brasil o Sisnad – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - que tem por objetivo articular, integrar, organizar e coordenar a política brasileira relacionada à prevenção ao uso de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes, assim como a repressão à produção e ao tráfico ilícito de drogas. É disciplinado pelos arts. 3º a 17 da Lei (Vetados os arts. do 6º ao 15) e pelo Decreto n. 5.912/06. A nomenclatura dada à lei igualmente foi alterada, de modo que passou de Lei de Tóxicos para Lei de Drogas, denominação utilizada para as substâncias consideradas entorpecentes.

Traz-se a lume, nesse momento, os pontos centrais da nova lei, consignados na obra de GOMES[132], os quais, por oportuno, destacam-se a seguir: a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; b) eliminação da pena de prisão ao usuário (quem tem a posse de droga para consumo próprio); c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; d) clara distinção entre o traficante profissional e o ocasional; e) louvável clareza na configuração do rito procedimental; e f) inequívoco

[132] GOMES, Luiz Flávio, *et alli*. *Lei de drogas comentada*: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22-28.

intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas.

Ainda, segundo o autor, importante ressaltar que, com a nova Lei de Drogas, houve importantes alterações no tocante ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, assim como no procedimento penal, além dos vários outros aspectos e da própria distinção entre as figuras de traficante, usuário e aquele que fornece a droga sem objetivar a obtenção de lucro.

Salienta-se, por oportuno, que se tratará a seguir apenas dos elementos e caracteres gerais do crime de tráfico de drogas capitulado no art. 33 da Lei n. 11.343/06, e, mais especificamente, da causa especial de diminuição de pena ínsita no § 4º do mencionado dispositivo, com as suas hipóteses de aplicação por ocasião do cálculo das reprimendas quando o crime for cometido na vigência da Lei n. 6.368/76. Em razão disso, deixa-se de analisar os pormenores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, em especial as variantes consignadas nos parágrafos do art. 33 da Lei de Drogas.

3.2.1 Do crime de tráfico de drogas do art. 33 da Lei n. 11.343/06

Nesse passo, importante frisarem-se alguns pontos sobre o delito de tráfico de drogas previsto no art. 33 da novel legislação, sobretudo no tocante às condutas descritas no *caput*, o qual, juntamente com seu preceito secundário, traslada-se:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

De início, cumpre salientar a nova dimensão que ganhou o presente artigo em relação ao que era definido pelo art. 12 da Lei n. 6.368/76, de acordo com a lição de

GUIMARÃES[133], a qual se transcreve:

> É verdade que o *caput* mantém as mesmas condutas típicas descritas no art. 12 da lei revogada, mas com sensível agravamento das penas de reclusão e de multa, o que interessa quando nos deparamos com a questão da eficácia da lei no tempo. Ademais, por um lado, o legislador criou situações atenuantes de pena, e, por outro, novas figuras delituosas que antes poderiam ser subsumidas no *caput* do art. 12 da lei revogada, mas de conseqüência penal menos grave.

Ressalta-se, ainda segundo o autor, que a forma fundamental do crime de tráfico de drogas compreende dezoito verbos que indicam as condutas típicas, que vão muito além de seu significado etimológico, de modo que a expressão *tráfico* assume um significado jurídico-penal muito mais amplo de que o de comércio ilegal, já que abrange desde os atos preparatórios até as condutas mais estreitamente vinculadas à noção lexical de tráfico.

Noutro rumo, mais precisamente com relação aos elementos constitutivos do tipo, de acordo com a lição de GOMES[134], visa tutelar o delito em comento a saúde pública, para a qual se dá o nome de tutela imediata, e, num segundo momento, a saúde individual das pessoas que convivem na sociedade, na chamada tutela mediata.

Consoante BIZZOTTO e RODRIGUES[135], “conforme a doutrina dominante, as condutas arroladas são de perigo abstrato”. Nesse sentido, de acordo com GUIMARÃES[136], importante atentar-se para o fato de que não só o uso de substância capaz de produzir dependência física ou psíquica coloca em risco à saúde pública, mas também as condutas elencadas no tipo penal de tráfico de drogas, isso porque possuem a capacidade de causar riscos à saúde de um grupo indeterminado de pessoas. Ou seja, “a venda ou o oferecimento de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, são atos que já carregam uma forte

---

[133] GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Nova Lei Antidrogas comentada: crimes e regime processual penal. Curitiba: Juruá, 2006. p. 56.
[134] GOMES, 2007, p. 178.
[135] BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andreia de Brito. Nova lei de drogas: comentários à Lei n. 11.343/06. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56.
[136] GUIMARÃES, 2006, p. 57.

potencialidade de causar perigo à saúde de outrem".

Com relação aos sujeitos do crime, tem-se que, como sujeito ativo, qualquer pessoa, razão pela qual é denominado pela doutrina de crime comum. Entretanto, NUCCI[137] e GOMES[138] encerram a eventual polêmica advinda com o verbo *prescrever*, constante do tipo penal. Segundo os autores, o crime de tráfico não poderia, ainda nesse caso, ser caracterizado como do tipo próprio (ou de mão própria), justamente porque, além dos médicos e dentistas, até mesmo os curandeiros, ao indicarem o uso de algum entorpecente, estariam prescrevendo-o como terapêutica. Já como sujeito passivo tem-se a coletividade.

No tocante ao elemento subjetivo, convergem os autores de que se trata do dolo, igualmente no tocante à inexistência de dolo específico para as condutas. Frisa-se que, de acordo com NUCCI[139], o qual reverbera o posicionamento doutrinário em geral, não se pune a forma culposa do delito, pelo que culpável tão-somente as ações dolosas.

Com relação à co-autoria, entendem os doutrinadores ser essa plenamente possível. A esse respeito, importante transcrever o entendimento de GUIMARÃES[140], para quem, por meio da pluralidade de verbos que compõem o núcleo do tipo, fica afastada a possibilidade da participação de menor importância, disposta no art. 29 do Código Penal. Segundo o autor:

> [...] em geral, o tráfico realiza-se mediante a ligação ideológica de pessoas como o mesmo desiderato, que integram suas diversas etapas. É interessante notar que, tendo o legislador descrito várias condutas que enfeixam o ilícito de narcotráfico, algumas, inclusive, que bem poderiam permanecer na esfera de preparação criminosa, não se vislumbrarão as hipóteses de auxílio ou de participação em grau de menor culpabilidade (CP, art. 29): todos que praticarem as condutas típicas responderão pelo crime. Assim, imaginando a hipótese de desdobramento do tráfico, podemos dizer que A, que remete substância tóxica de uma cidade para outra, B, que mantém o seu depósito e C, que vende pequenas quantidades da substância aos

[137] NUCCI, Guilherme. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 316.
[138] GOMES, 2007, p. 179.
[139] NUCCI, 2007, p. 316.
[140] GUIMARÃES, 2006, p. 57-58.

> usuários, responderão, em igual medida, pelo crime de tráfico descrito no *caput* do art. 33.

Destaca-se que, de acordo com NUCCI[141], trata-se o crime do art. 33 da nova Lei de Drogas de norma penal em branco, o que significa que o tipo penal depende de um complemento a conferir-lhe sentido e condições para aplicação. Isso quer dizer não que o Magistrado possa conferir um significado que melhor lhe convenha ao conceito de droga, mas sim que deve obedecer estritamente aos ditames de norma regulamentadora, exarada por órgão estatal próprio, vinculado ao Ministério da Saúde.

Frisa-se, por oportuno, que trata a figura do art. 33 da Lei n. 11.343/06 de crime de ação múltipla, ou de conteúdo variado, consoante prelecionam BIZZOTTO e RODRIGUES[142], os quais afirmam que contém em sua redação diversos núcleos do tipo, ou seja, diversos verbos que retratam a incidência da conduta alcançada pelo tipo penal e que violam a saúde pública de maneira direta, e que podem, ainda, respingar em outros bens jurídicos penalmente tutelados.

Nesse passo, importante destacar as figuras nucleares do tipo penal em estudo, as quais, pela forma com que são tratadas, retiram-se da obra de NUCCI[143], *in verbis*:

> *Importar* (trazer para dentro do Brasil), *exportar* (levar para fora do Brasil), *meter* (enviar a algum lugar), *preparar* (obter algo por meio da composição de elementos), *produzir* (dar origem a algo antes inexistente), *fabricar* (produzir em maior escala, valendo-se de equipamentos e máquinas próprias), *adquirir* (comprar, obter mediante certo preço), *vender* (alienar por determinado preço), *expor à venda* (apresentar, colocar à mostra para alienação), *oferecer* (ofertar como presente), *ter em depósito* (manter em reservatório ou armazém), *transportar* (levar de um lugar a outro), *trazer consigo* (transportar junto ao corpo), *guardar* (tomar conta de algo, proteger), *prescrever* (receitar, indicar), *ministrar* (aplicar, administrar), *entregar a consumo* (confiar a alguém para gastar) ou *fornecer* (abastecer) são as dezoito condutas, cujo objeto é a *droga*, que não deixa de ser *substância* (matéria, que possui propriedades específicas) *entorpecente* (algo tóxico que provoca alterações psíquicas e analgésicas) ou que

[141] NUCCI, 2007, p. 316-317.
[142] BIZZOTTO, RODRIGUES, 2007, p. 56.
[143] NUCCI, 2007, p. 315-316.

> *determine* (provoque necessariamente) *dependência* (sujeição) *física* (estado mórbido provocador de alteração no organismo) *ou psíquica* (estado mórbido provocador de alteração mental, gerando sensação de bem estar).

Ainda no escólio do mencionado autor, tem-se que se trata de crime do tipo misto alternativo, ou seja, aquele em que o agente pode praticar uma ou mais condutas do tipo e mesmo assim responde por um só delito. Pode ocorrer ainda, frise-se, o concurso de crimes (ou até mesmo o crime continuado – art. 71 do Código Penal) entre as próprias figuras nucleares, situação que dependerá das circunstâncias de tempo e lugar em que as condutas são perpetradas.

Destaca-se que, nos ensinamentos de GOMES[144], a expressão *ainda que gratuitamente* constante da redação do delito do art. 33 não se refere àquele que objetiva tão-somente a cessão gratuita da droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, à pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem-na, conduta agora tratada diretamente pelo § 3º do mencionado dispositivo legal, *in casu*, infração de menor potencial ofensivo.

Por fim, não se olvida que o crime de tráfico de drogas guarda a natureza de hediondo, condição positivada em nível constitucional, no art. 5º, XLIII, para o qual, assim como aos demais crimes hediondos, a concessão de liberdade provisória com fiança, assim como a graça e a anistia, são vedados.

Frisa-se, ademais, que há uma série que questões polêmicas que circundam a órbita do delito em comento, as quais, por não guardarem relação direta com o tema central do trabalho acadêmico, deixam de ser exploradas.

3.2.2 Causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06

Nesta etapa do trabalho acadêmico, tratar-se-á dos requisitos elencados na norma penal para que os que tiverem cometido as figuras do art. 33 da Lei n. 11.343/06 possam ter em seu favor sopesada a causa especial de diminuição de pena do § 4º do aludido dispositivo legal, com ênfase nos pontos polêmicos que permeiam

[144] GOMES, 2007, p. 180-181.

a discussão doutrinária-jurisprudencial da matéria.

De início, cumpre destacar a redação do aludido benefício ínsito na norma penal, *in verbis*:

> Art. 33. [...]
> § 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.

Da leitura da supratranscrita causa especial de diminuição de pena, denota-se que, para os agentes que sejam comprovadamente (a) *primários* (não reincidentes), (b) *de bons antecedentes* e que (c) *não se dediquem às atividades criminosas* (d) *nem integrem organização criminosa* (para GOMES[145], traficante, agindo de modo individual e ocasional), pode o Magistrado sentenciante reduzir a pena aplicada *in concreto* para o delito de tráfico de entorpecentes nas frações limites de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), o que fará em consonância com os critérios posteriormente consignados no presente estudo, por ocasião da análise do competente cálculo.

Ainda, na lição do autor, importante destacar que se trata o referido benefício de direito subjetivo do réu, a despeito da redação perfunctória do parágrafo induzir erroneamente o intérprete a reconhecer que se insere no campo da discricionariedade conferida ao Togado por ocasião da fixação da pena. Nas palavras do autor, "contudo, parece-nos que, preenchidos os requisitos, o magistrado não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada à fração minorante (esta orientada pela quantidade e/ou espécie da droga apreendida)"[146]. Nesse exato sentido é o posicionamento defendido por GUIMARÃES[147], para quem "o Juiz não age por mero arbítrio, apesar de estarem entre as condições para aplicação da causa de diminuição da pena causas de natureza subjetiva". E completa: "há sim um **poder-dever** relacionado com a atividade **do Juiz**; e, por outro lado, um **direito subjetivo** deferido ao réu, que, pelo menos, pode exigir a análise das condições

[145] GOMES, 2007, p. 197.
[146] *Idem*.

especiais de diminuição de sua pena" (grifo no original).

Passa-se, nesse momento, ao estudo pormenorizado dos requisitos necessários à concessão do benefício ao autor do delito de tráfico de entorpecentes. Nesse passo, cumpre destacar que, consoante MENDONÇA[148], para que se faça jus à diminuição de pena, os requisitos do § 4º devem estar todos preenchidos cumulativamente. Afirma: "Ou se preenchem todos os requisitos ou não se preenche nenhum. Ou o sujeito é primário ou não é, ou tem bons antecedentes ou não tem, ou participa de atividades criminosas ou não participa, ou integra organização criminosa ou não integra. Não há meio termo". Frisa-se que aludido posicionamento vai de encontro ao defendido por Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, os quais afirmam que a Lei de Drogas estipula uma gradação entre os diversos requisitos, de modo que, a despeito da dificuldade envolvida na operação, deve o magistrado conferir um peso maior ou menor aos antecedentes e à participação em atividades ou organização criminosa[149]. Destacam-se os requisitos:

a) Primariedade: De acordo com BIZZOTTO e RODRIGUES[150], ser primário é o oposto de ser reincidente, o qual, segundo o art. 63 e § 1º, é aquele que comete novo crime depois de transitado em julgado a sentença que o condenou pela prática de crime anterior, decorrido o prazo de, no máximo, 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a prática do novo fato definido como crime.

Nesse sentido, é o posicionamento do Pretório Excelso[151]:

> Se entre o trânsito em julgado da sentença condenatória anterior e o novo ato ilícito não transcorreu prazo igual ou superior a cinco anos é de considerar-se a reincidência como agravante da pena pelo novo crime.

b) Bons antecedentes: Nesse aspecto, importante destacar a preocupação que os tribunais pátrios estão manifestando em suas decisões por ocasião da

---

[147] GUIMARÃES, 2006, p. 96.
[148] MENDONÇA, Andrey Borges de. *Lei de drogas*: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008. p. 114.
[149] GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel *apud* MENDONÇA, 2008, p. 114.
[150] BIZZOTO. RODRIGUES, 2007, p. 56.
[151] STF - RT 674/353.

ponderação dos maus antecedentes, o que fazem no intuito de atender ao sistema constitucional no contexto do Estado Democrático de Direito e à presunção de inocência. Dessarte, sopesam negativamente ao réu a título de antecedentes a existência de condenações penais transitadas em julgado e que não caracterizam reincidência.

Não se olvide a existência de posicionamento diverso, característico de uma escola penal mais autoritária, que defende a consideração, como maus antecedentes, da existência de outros fatos penais apontados em persecução penal existente, tais como inquéritos e processos em andamento, termos circunstanciados, e, até mesmo, persecução penal arquivada ou extinta. Esse é o entendimento de GUIMARÃES[152]: "Os bons antecedentes, a que se refere o legislador, serão aferidos pela ausência de notícias de inquéritos policiais contra o réu".

Todavia, sobre o tema, o Colendo Supremo Tribunal Federal já firmou posicionamento, no sentido de que apenas são admissíveis, na constatação de maus antecedentes, as condenações anteriores que não caracterizam a reincidência, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse passo, colaciona-se o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que reverbera o entendimento pretoriano supramencionado:

> [...] Somente ações penais transitadas em julgado podem ser sopesadas como maus antecedentes, sob pena de grave ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, Constituição Federal)[153].

c) Dedicação às atividades criminosas: Nesse particular, alguns pontos merecem destaque, sobretudo com relação à caracterização da circunstância, matéria que encontra debate na doutrina e na jurisprudência. Primeiramente, na óptica de GENTIL[154], trata o dispositivo legal, quando consigna a necessidade de não se dedicar o agente às atividades criminosas, de dispositivo vago e impreciso, uma vez

---

[152] GUIMARÃES, 2006, p. 97.
[153] TJSC, Apelação Criminal n. 2007.029989-7, de São José, rel. Des. Solon d'Eça Neves. j. em 25-10-2007.
[154] GENTIL, Plínio Antônio Brito. Tóxicos – Lei de Drogas: novas polêmicas. *In* Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 1. ago/set. 2004. Porto Alegre: Magister, 2004. v. 21. dez/jan 2007. p. 27.

que se mostra demasiado amplo, ao abranger toda e qualquer “atividade criminosa”.

O objetivo da criação de tal requisito, na opinião de GUIMARÃES[155], é o de, justamente, evitar a concessão de diminuição de pena para quem adota modo de vida criminoso.

Para NUCCI[156], a obrigação de que o agente não se dedique às atividades criminosas parece confundir-se com a própria condição de reincidente ou da ostentação de maus antecedentes, de modo que, sendo primário, com bons antecedentes, não se pode falar que se dedicava à atividade ilícita.

Todavia, GENTIL[157], ao analisar mais profundamente a matéria, consigna, primeiramente, que a figura “atividade criminosa”, por guardar relação com a expressão crime, em atenção ao princípio da tipicidade penal, exclui as contravenções, porém inclui os crimes cometidos na modalidade culposa. Afirma, ainda, que, segundo esse raciocínio, poder-se-ia alcançar com o dispositivo atividades que nem de perto se relacionam com a mercancia de drogas, tais como roubos ou homicídios.

Além disso, traz a lume, o autor, que o termo “atividade criminosa”, num primeiro momento, pode levar o intérprete a considerar que a prática delitiva deve resguardar certo caráter de reiteração. No mesmo rumo, aduz que o termo atividade pode redundar na conclusão de que estão excluídas desta circunstância as condutas omissivas, pois, *in casu*, necessitar-se-ia de uma ação (atividade).

De outro rumo, assevera que a expressão “dedicar-se” igualmente se apresenta vaga, de modo que aquele que comete um só crime, ou até mesmo dois, não está se dedicando às atividades criminosas, uma vez que tais situações não guardariam o caráter de repetição e reiteração. Para o deslinde da aplicação do preceito, GENTIL[158] elabora uma série de perguntas, a destacar:

> Quantos crimes configurarão a conduta de “dedicar-se” alguém a tais atividades? Deverão ser crimes definidos pelos mesmos tipos penais, ou bastará que sejam contra os mesmos bens jurídicos? Deverão ser

[155] GUIMARÃES, 2006, p. 97.
[156] NUCCI, 2007, p. 330.
[157] GENTIL, 2007, p. 27.
[158] *Idem*, p. 28.

> praticados num determinado intervalo temporal ou numa mesma região? A pessoa dedicada a atividades criminosas é aquela que pratica crimes continuados?

Ressalta o mencionado autor, ainda, que o uso do termo “às” na expressão “dedicar-se às atividades criminosas”, em decorrência da presença do artigo definido “as” (que se contrai com a preposição “a” para formar “às”) poderia sugerir que se tratam de atividades criminosas determinadas, ou seja, específicas e certas. Tal entendimento sugere que, por definir as atividades criminosas por meio de artigo, o legislador referiu-se às atividades preteritamente tratadas no tipo penal correspondente ao tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06); ou seja, a expressão, sob uma ótica literal, “abrange somente as atividades criminosas relacionadas com a produção e a circulação ilícita de substâncias entorpecentes”[159].

Importante destacar, nesse particular, que a caracterização da dedicação às atividades criminosas não é ponto pacífico na jurisprudência pátria. Todavia, tem-se entendido na Corte de Justiça Catarinense que a dedicação às atividades criminosas envolve não apenas as condutas ligadas à mercancia de entorpecentes, mas quaisquer atividades ilícitas praticadas, tais como, por exemplo, crimes contra o patrimônio, a vida etc., além, é claro, da própria personalidade do agente. Nesse sentido extrai-se do corpo da Apelação Criminal n. 2008.027085-2, da Capital / Estreito, da Relatoria do Des. Solon d’Eça Neves[160]:

> Portanto, para que se caracterize a hipótese de aplicação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, há necessidade da comprovação de conduta penal não reiterada, apenas escoteira na vida do agente, o que não se verifica no caso em tela, sobretudo quando as circunstâncias da prisão e a quantidade apreendida indicam indubitavelmente atuar o agente na mercancia de drogas.

Corrobora com o exposto MENDONÇA[161], o qual menciona, ainda, atividade lícita como requisito para a obtenção do benefício. Assevera o autor: “deverá o réu

---

[159] GENTIL, 2007, p. 28.
[160] TJSC, Apelação Criminal n. 2008.027085-2, da Capital / Estreito, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. em 23-7-2008.
[161] MENDONÇA, 2008, p. 112.

comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e conduta voltadas para o crime".

d) Organização criminosa: Aqui, verifica-se a existência de grande divergência entre os estudiosos do tema. Duas vertentes claras podem ser destacadas. A primeira considera que, para configurar-se a figura da organização criminosa de que o incurso nas sanções do art. 33 da Lei n. 11.343/06 faria parte, deve-se lançar mão do sentido conferido pela Lei n. 9.034/95 às figuras de quadrilha ou de bando, de modo que haveria a necessidade de uma condenação transitada em julgado pelo cometimento de tais delitos para que fosse de fato verificada.

Por sua vez, a segunda corrente, e a que se filia o entendimento no presente trabalho, afirma que não há a necessidade de que haja a condenação por crime de quadrilha ou bando cometido anteriormente com sentença já transitada em julgado, justamente porque os agentes, ao praticarem os atos de comércio ilícito de entorpecentes, podem ter se organizado em grupo de mais de duas pessoas, com fim exclusivamente ou não da prática de tráfico, circunstância que independe da prestação jurisdicional conferida pelo Estado em razão da configuração da quadrilha ou do bando formados por estes. Isso significa que, na primeira hipótese, dependente de uma condenação transitada em julgado, a associação de mais de duas pessoas em organização criminosa não estaria configurada, ao passo que, pelo segundo entendimento, a associação por si só já caracterizou a circunstância.

Sobre o tema, destaca-se o entendimento de GUIMARÃES[162], ao referir-se aos requisitos que configuram a organização criminosa:

> A organização para fins criminosos exige a associação de mais de duas pessoas, a convergência de vontades e esforços e a divisão de tarefas. Contudo, deixa o legislador de referir se se trata de organização para fins exclusivos de tráfico, o que nos permite inferir que o fato de pertencer a **qualquer** organização criminosa já impedirá o benefício aqui tratado (grifo no original).

Diante do excerto supratranscrito, denota-se a preocupação do autor quanto ao fim da organização criminosa para que esta seja sopesada desfavoravelmente ao réu.

O que se vê, entretanto, é que a medida mais adequada é a que considera prescindir do fim específico voltado à mercancia de entorpecentes para a efetiva caracterização da organização criminosa óbice à aplicação do benefício em comento.

Passada a análise dos requisitos para a concessão do benefício, importante tecerem-se alguns comentários sobre o valor da fração da pena a ser diminuída em razão do seu reconhecimento, o qual podem variar entre 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços).

O primeiro ponto que merece destaque é a impossibilidade de o magistrado sentenciante proceder à gradação dos requisitos do § 4º de modo a determinar a fração de diminuição que incidirá no caso concreto, uma vez que, consoante MENDONÇA[163], tais conceitos não admitem meio termo. Disso redunda a conclusão de que deverá o togado valer-se de outros elementos constantes dos autos para determinar o *quantum* a ser reduzido.

Nesse passo, a doutrina tem inclinado-se para a aplicação conjunta dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06, com maior preponderância para este último, que, em sua redação consigna a atenção ao primeiro dispositivo. Apontam nesse rumo os ensinamentos de NUCCI[164] e MENDONÇA[165]. Importante no cotejo dos critérios de diminuição de pena, a transcrição do entendimento deste último: "[...] o magistrado deverá analisar o quanto diminuir à luz dos elementos do art. 42, notadamente a natureza e quantidade da droga". Por oportuno, transcrevem-se os tipos penais em comento:

> Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.
> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]

---

[162] GUIMARÃES, 2006, p. 98.
[163] MENDONÇA, 2008, p. 114.
[164] NUCCI, 2007, p. 330.
[165] MENDONÇA, 2008, p. 114.

Dito isto, em que pesem convergirem os mencionados autores no tocante ao critério preponderante para a determinação do *quantum* de diminuição pelo reconhecimento da causa de diminuição de pena, divergem quanto à possibilidade de considerar os elementos do art. 59 do CP e 42 da Lei n. 11.343/06, concomitantemente, tanto nas fases de fixação da pena-base quanto por ocasião da ponderação acerca do cabimento do benefício. Nesse sentido, MENDONÇA[166], ao citar o promotor César Dario Mariano, afirma não existir a figura do *bis in idem* quando considerados os elementos dos mencionados artigos nas etapas da fixação da pena. Assevera o autor:

> Parece-nos que não haverá dupla valoração quando ocorrer o aumento e depois a diminuição da pena pelo mesmo fundamento. Isto é, resultando o aumento da pena em virtude das circunstâncias descritas no art. 42, a pena poderá ser diminuída com fundamento no § 4º do art. 33 por esses mesmos fatos, haja vista a diversidade de incidência (aumento e depois diminuição).

Em oposição, NUCCI defende o cuidado com a dupla incidência, ao afirmar que "é lógico que há de existir o cuidado de evitar o *bis in idem*, ou seja, levar em conta duas vezes a mesma circunstância". E conclui, ao propor uma solução:

> As causas de diminuição de pena são mais relevantes que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de caráter nitidamente residual. Portanto, se o juiz notar um fator de destaque no crime cometido pelo traficante primário, de bons antecedentes, sem ligações criminosas, com pequena quantidade de droga, deve utilizar esse critério para operar maior diminuição da pena [...], deixando de considerá-la na fixação da pena-base [...]. O contrário também se dá. Percebendo enorme quantidade de drogas, ainda que em poder de traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações com o crime organizado, pode reservar tal circunstância para utilização na diminuição de pena [...]. Se assim o fizer, não se valerá da mesma circunstância por ocasião da eleição da pena-base, com fundamento no art. 59 do CP.

Salienta-se que o posicionamento defendido por Nucci ecoa no esposado por

[166] *Idem*, p. 114-115.

BIZZOTTO e RODRIGUES[167], os quais afirmam que:

> [...] na hipótese de uma pessoa ser condenada e impedida de ter acesso à causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, porque é reincidente ou porque tem maus antecedentes, tais circunstâncias não podem ser valoradas negativamente aos interesses do apenado (maus antecedentes na primeira fase de aplicação da pena e/ou reincidência na segunda fase de aplicação da pena).

Todavia, em que pese o entendimento supratranscrito, crê-se ser plenamente possível, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, tal qual consignado na lição de Mendonça, a ponderação das circunstâncias do art. 42 da Lei n. 11.343/06 e 59 do Código Penal tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena, uma vez que, como dito, procede-se, na primeira etapa, a um aumento de pena e, em momento posterior, sob o mesmo fundamento, essa é diminuída. Há, portanto, a chamada diversidade de incidência.

Noutro rumo, importante salientar que, consoante se depreende da jurisprudência pátria, pode o magistrado valer-se de outros elementos que não apenas os consignados nos arts. 42 da Lei n. 11.343/06 e 59 do Código Penal para avaliar qual o grau mais adequado a ser conferido à diminuição, sempre em atenção à necessidade da fixação de uma pena condizente com os primados da repressão e prevenção da atividade criminosa.

Nesse rumo colhe-se do julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, que assim decidiu: "[...] levando-se em conta a natureza e a quantidade de droga apreendida e demais circunstâncias que envolveram a apreensão, aplico a redução em seu patamar mínimo de 1/6 (um sexto), na pena aplicada"[168].

E do julgado da Egrégia Corte Catarinense:

> APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – TRÁFICO DE DROGAS – MATERIALIDADE COMPROVADA – AUTORIA INCONTESTE – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA PELO DEPOIMENTO DE POLICIAIS – PROVA BASTANTE PARA CONDENAÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O

[167] BIZZOTTO. RODRIGUES, 2007, p. 74.
[168] TJPR, Apelação Criminal n. 382.929-2, rel. Des. Jorge Wagid Massad. j. em 22-2-2007.

> ART. 28 – IMPOSSIBILIDADE – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 – QUANTUM APLICADO MEDIANTE DISCRICIONARIEDADE VINCULADA A MOTIVAÇÃO DO MAGISTRADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS – RECURSO DESPROVIDO.
> O crime de tráfico de drogas não compreende apenas a conduta de vender entorpecente, mas também de ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar, dentre outras.
> A minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 será aplicada de acordo com os critérios previstos no art. 42 do mesmo Diploma Legal, não existindo direito líquido e certo a fixação da referida causa de diminuição no máximo legal.[169]

Dessarte, o livre arbítrio conferido ao togado por ocasião da fixação da pena deve atender, sempre que possível, aos ditames da repressão e prevenção da atividade criminosa, em atenção aos elementos de convicção constantes dos autos, especialmente às circunstâncias do art. 59 do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

3.3 A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 AOS CRIMES DA LEI N. 6.368/76

Parte-se, na derradeira etapa da presente pesquisa, para o estudo pormenorizado da causa especial de diminuição de pena ínsita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, com atenção à sua pretensa aplicação retroativa aos crimes de tráfico de drogas praticados na vigência da Lei n. 6.368/76. Nesse ponto, estudar-se-á, primeiramente, a possibilidade de retroação do dispositivo integrante do novel Diploma aos agentes que praticaram as condutas na vigência da Lei n. 6.368/76. Nesse aspecto, confere-se importante destaque à correspondência dos tipos penais dos arts. 12 (Lei n. 6.368/76) e 33 (Lei n. 11.343/06), de modo que se levantarão os argumentos preponderantes encontrados na doutrina para recomendar, ou não, a possibilidade de aplicação do dispositivo de modo retroativo.

Em momento posterior, verificada a hipótese de aplicação retroativa do benefício, explicar-se-ão as hipóteses consagradas na doutrina e na jurisprudência de aplicação do dispositivo, assim como as diversas maneiras de cálculo no montante

das reprimendas concretamente aplicadas.

Ressalta-se que, na análise da jurisprudência pátria, dá-se preferência para a demonstração nos casos julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o que se faz com o objetivo de elucidar a sistemática de cálculo na realidade do estadual. Da mesma forma, destaca-se o posicionamento dos Tribunais Superiores na análise da questão.

De início, deve-se ponderar que os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes previstos nas Leis n. 6.368/76 e 11.343/06 tratam-se de tipos equivalentes, razão por que a eventual aplicação de benefícios do novel Diploma pode incidir retroativamente àqueles que cometeram as condutas na vigência da antiga legislação antidrogas.

Sobre o tema, importante destacar o posicionamento de GOMES[170], para quem os 18 (dezoito) verbos contidos no tipo penal do art. 12 da Lei n. 6.368/76 foram integralmente mantidos na novel legislação, senão veja-se:

> Os dezoito verbos contemplados no art. 12 da Lei 6.368/76 foram mantidos (sem acréscimos). São eles: *importar* (trazer de fora), *exportar* (enviar para fora), *remeter* (expedir, mandar), *preparar* (por em condições adequadas para uso), *produzir* (dar origem, gerar), *fabricar* (produzir a partir de matérias primas, manufaturar), *adquirir* (entrar na posse), *vender* (negociar em troca de valor), *expor à venda* (exibir para a venda), *oferecer* (tornar disponível), *ter em depósito* (posse protegida), *transportar* (levar, conduzir), *trazer consigo* (levar consigo, junto ao corpo), *guardar* (tomar conta, zelar para terceiro), *prescrever* (receitar), *ministrar* (aplicar), *entregar* (ceder) a consumo ou *fornecer* (abastecer) drogas, ainda que *gratuitamente* (amostra grátis).

A esse respeito, o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina firmou posicionamento, ao reverberar o entendimento pretoriano. No corpo do acórdão n. 2007.053106-3, da relatoria do Exmo. Sr. Des. Torres Marques, extrai-se, *in verbis*:

> Cabe ressaltar que o tipo penal do art. 33, caput, da Lei de Drogas manteve praticamente todos os núcleos dispostos no art. 12 da antiga Lei n. 6.368/76, e previu várias formas objetivas de se perpetrar a

---

[169] TJSC, Apelação Criminal n. 2008.012901-2, de Blumenau, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 10-7-2008.
[170] GOMES, 2007, p. 180.

> conduta, dentre as quais a de ter em depósito substância entorpecente[171].

Do mesmo modo, extrai-se trecho de outro julgado da Corte Catarinense:

> Observa-se que o delito descrito no caput do art. 33 da nova Lei de Tóxicos é praticamente o mesmo previsto no art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76, tendo sido modificada pelo legislador, basicamente, a pena mínima cominada para o crime, que foi majorada para 5 (cinco) anos de reclusão, e os dias-multas que agora variam entre 500 (quinhentos) e 1.500 (mil e quinhentos), muito além dos 3 (três) anos de reclusão e dos 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa da legislação anterior, demonstrando, assim, que a nova lei é mais rigorosa e, portanto, não deveria retroagir, pelo menos não na sua integralidade[172].

Dessarte, tem-se que, por tratarem-se de tipos penais equivalentes, a eventual aplicação retroativa do benefício é plenamente possível de ser estudada, de modo que se abordará cada hipótese em detalhes a seguir.

3.3.1 Primeira Hipótese: Impossibilidade de retroação do benefício do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06

A primeira hipótese que se traz a lume no presente trabalho acadêmico, muito embora não possua um amparo sólido na doutrina e na jurisprudência pátria, é a da impossibilidade de aplicação do benefício constante do § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas aos que cometeram as condutas na vigência da antiga lei de drogas.

Referida hipótese baseia-se na premissa de que o novel Diploma, ao recrudescer o tratamento conferido à figura do traficante, entendido esse como o que faz do comércio de drogas a sua atividade profissional, estipulou novos limites de pena, os quais, agora, passam de 3 (três) a 15 (quinze) anos para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, com o aumento da pena de multa de 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa para os limites de 500 (quinhentos) e 1500 (mil e quinhentos)

[171] TJSC, Apelação Criminal n. 2007.053106-3, de Criciúma, rel. Des. Torres Marques, j. em 14-12-2007.
[172] TJSC, Apelação Criminal n. 2008.020478-1, de São José, rel. Des. Alexandre D'Ivanenko, j. em 5-6-2008.

dias-multa. Nesse passo, argumenta-se que a causa especial de diminuição criada com o novo tipo penal, o foi tão-somente porque aumentados os limites da pena cominada em abstrato, de modo a diferenciar o traficante dito profissional do que pratica a conduta de forma escoteira.

Ademais, argumentam os que defendem a impossibilidade de retroação do benefício em qualquer situação que, justamente por ter sido criado em um contexto diverso no que tange à política criminal do Estado, e, inserida para novos limites de pena abstrata, somente poderia retroagir se continuasse ligada ao conjunto do *caput* (pena de 5 a 15 anos), o que, em atenção ao princípio da irretroatividade da norma penal mais gravosa, evidentemente não pode ocorrer, visto que o novo tipo penal impõe pena em limites superiores ao que impunha o antigo tipo incriminador.

Repisa-se que tal entendimento encontra pouco amparo na doutrina e na jurisprudência pátrias; assim, após longas pesquisas, traz-se à colação julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do qual se extraem trechos do voto proferido pelo Relator, Des. Ivan Leomar Bruxel, partidário da retroação do benefício, e do voto vencedor proferido pelo Des. Manuel José Martinez Lucas, o qual foi seguido pelo Des. Marcel Esquivel Hoppe, que contrariou a tese de retroatividade nos termos que serão a seguir transcritos. Do voto do Relator, extrai-se, *in verbis*[173]:

> A pena-base restou fixada no mínimo legal (três anos) tendo em vista as operacionais do art. 59 do CP, restando definitiva frente à ausência de outras modificadoras. Mas a nova Lei de Drogas, ainda que aparentemente tenha aumentado a pena para o crime de tráfico (art. 33), na realidade estabelece, no § 4°, uma causa redutora, atendidas condições pessoais favoráveis ao condenado. A redução máxima é de 2/3, enquanto a mínima é de 1/6. É verdade que tal redutora, em princípio, incidiria sobre a pena mínima do *caput* do dispositivo em estudo (cinco anos). De qualquer sorte, considerando o disposto na nova Lei, é possível admitir que ao crime de tráfico a pena mínima fique em um ano e oito meses (cinco anos = sessenta meses, menos quarenta meses [2/3] = vinte meses = um ano e oito meses). Estamos diante, portanto, de uma lei benigna, e nesta parte, obedecendo regra constitucional, retroage. A redução, entretanto, não pode operar-se, no caso de condenações por fatos anteriores, pelo máximo, uma vez que poderia deixar a pena inferior ao mínimo da lei nova. Tenho que existe

> um limitador, que corresponde ao mínimo possível considerando o disposto na nova Lei, ou seja, um ano e oito meses. Pois bem, no caso em comento a circunstância "antecedentes" é favorável, pois não registra nenhuma condenação. Trata-se de réu primário. Logo, preenche as exigências para redução, incidindo o disposto no § 4° do artigo 33 da Lei nova, razão pela qual reduzo a pena em um sexto, restando definitiva em dois anos e seis meses.

E, do voto vencedor proferido pelo Des. Manuel José Martinez Lucas:

> Divirjo unicamente quanto à aplicação do redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, e o faço utilizando para tanto o voto proferido pelo Des. Ranolfo Vieira nos autos da apelação crime nº 70016917882, que, por imelhorável, adoto como razão de decidir, até para evitar inútil e fastidiosa tautologia, passando a transcrevê-lo: "A nova lei de drogas (Lei nº 11.343/06) prevê para o crime de tráfico ilícito de tóxicos (art. 33) penas mais graves do que as cominadas à mesma figura delituosa do art. 12 da revogada Lei nº 6.368/76. Enquanto esta estabelece penas de 3 a 15 anos de reclusão e multa de 50 a 360 dias-multa, a primeira eleva o mínimo legal da pena privativa de liberdade para 5 anos e comina pena de multa entre 500 e 1.500 dias-multa [...] "Por fim, o art. 42 da Lei nº 11.343/06 estabelece critérios diferentes dos postos na legislação anterior para o cálculo das penas: "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". Assim, o § 4º do art. 33 da lei nova, invocado pelo ilustre Revisor para reduzir a pena aplicada ao apelante, refere-se a um contexto diverso daquele contemplado na lei em cuja vigência foi ele condenado. "Há aqui uma hipótese de conjunto de normas legais novas, todas, com exceção apenas de uma, a invocada pelo Revisor, mais gravosas ao acusado. Não se pode separar, nesse caso, a norma mais favorável, desligando-a do conjunto em que inserida, para fazê-la retroagir, isoladamente, aplicando-a a outro conjunto, onde as penas já são mais leves e diferentes os critérios de sua aplicação. "Esse é seguramente um dos casos em que a norma mais benigna só retroagiria se fosse possível fazer retroagir todo o conjunto em que inserida."Em face do exposto, deixo de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, mantendo a pena carcerária estabelecida na sentença de primeiro grau".

No cotejo dos argumentos consignados nos excertos supratranscritos,

---

[173] TJRS, Apelação Criminal n. 7001.761852-1, rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, j. em 21-3-2007.

GOMES[174] assevera que os argumentos utilizados para refutar a retroatividade do benefício em comento mostram-se equivocados. Isso porque, em primeiro lugar, quando se trata de réu primário, que preenche os requisitos do § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06, a norma nova não é mais gravosa ao acusado, pelo que se figura, até mesmo, mais benéfica, já que, em tais casos, a pena a ser-lhe aplicada partirá não mais de 3 (três) anos de reclusão, tal como disposto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, mas sim de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, de modo que cominou o legislador, para tal hipótese, sanção penal mais branda. Além disso, aduz o autor que, por tratar-se de norma penal mais benéfica, deve obrigatoriamente retroagir para favorecer o autor, por força do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e do art. 9º, parte final, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual afirma que "se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se".

De outro rumo, segundo o autor, "todos os critérios de fixação da pena contemplados no art. 42 da nova lei já se achavam previstos no art. 59 do CP. É verdade que o art. 42 estabeleceu como preponderantes para a fixação da pena-base 'a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'". Ainda, afirma que: "A ponderação preponderante, como se nota, versa sobre a pena-base. Ocorre que a lei nova, para além de estabelecer primazia de algumas circunstâncias nessa fase, tornou mais preponderante ainda as circunstâncias do § 4º do art. 33, que constitui causa de diminuição da pena". Nesse sentido, conclui, ao asseverar que "a fixação da pena não se resume à pena-base. O art. 42 não afasta o § 4º, que incide, aliás, na terceira fase. Todo esse novo 'conjunto normativo', sendo mais favorável, deve retroagir".

Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu pela impossibilidade da retroação do benefício. Destaca-se:

> O § 4º do art. 33 do novel diploma legal prevê que as penas cominadas aos delitos definidos no *caput* e no § 1º do mesmo artigo

[174] GOMES, Luiz Flávio. *Traficante Primário e Diminuição da Pena por Força da Nova Lei de Drogas*. Instituto LFG. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070515181751243&mode=print>. Publicado em: 16-5-2007. Acesso em: 27-10-2008.

> poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) [...]. Às infrações cometidas na vigência da Lei n. 6.368/76, ou seja, anteriores ao advento da mencionada Lei n. 11.343, não pode ser aplicada a causa de redução prevista no § 4º do artigo 33 da novel legislação, pela regra da *irretroatividade da lei mais severa* [...][175].

Ao fim, cumpre sedimentar o entendimento a partir da lição de NUCCI[176], o qual afirma que "não há dúvida de que o disposto no § 4º do art. 33 é norma penal benéfica, merecendo, conforme o caso, aplicação retroativa, inclusive no tocante a processos já findos, com trânsito em julgado". Esta é a posição a qual o presente trabalho se filia.

3.3.2 Segunda Hipótese – Retroação sobre o quantum da Lei n. 6.368/76

Esta possibilidade baseia-se, primordialmente, no preceito de que, por tratar-se de norma penal mais benéfica, o benefício do § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas deve retroagir *incondicionalmente* para alcançar fatos pretéritos, mesmo que em fase de execução, de modo a minorar diretamente a pena antiga, cominada de 3 (três) a 15 (quinze) anos no preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Ressalta-se que o novo texto legal, ao passo que agravou a pena para o crime de tráfico, estabeleceu no § 4º do art. 33 uma causa especial de redução de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) aos agentes que preencham os requisitos legais oportunamente mencionados no trabalho acadêmico, tal como esposado em linhas pretéritas.

Nesse entendimento, propugnado por diversos autores de renome na área do direito penal, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, positivado no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, e elevado à categoria de direito fundamental pela norma constitucional (art. 5º, XL, CF), apenas mostra-se resguardado quando o exegeta faz incidir a parte benéfica da nova lei de drogas aos agentes que cometeram o delito na vigência da Lei n. 6.368/76, qual seja, a causa especial de diminuição de

---

[175] TJSP, Agravo em Execução n. 01088921.3/0, 9ª Câmara o 5º Grupo, rel. Des. Penteado Navarro, j. em 19-11-2007.
[176] NUCCI, *Leis penais e processuais penais comentadas*, 2007, p. 331.

pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, todavia, sem que o novo *quantum* de pena cominada em abstrato no aludido dispositivo penal sofra o mesmo processo, por ser visivelmente prejudicial ao acusado.

Em suma, tem-se que a expressão “de qualquer modo” prevista no parágrafo único, do art. 2º, do Código Penal, não comporta exceções, de modo que cabe ao intérprete tão-somente a integração dos aspectos benéficos da norma atualmente em vigor e da norma já revogada, de modo a beneficiar o agente. Trata-se, dessa forma, da combinação de leis, admitida por muitos autores e aplicada em muitos casos, inclusive na retroação do benefício em estudo, em muitos tribunais pátrios.

Nesse momento, oportuno repisar o entendimento de DAMÁSIO[177], previamente esposado no trabalho acadêmico, o qual consigna que:

> Ao combina partes de duas leis no sentido de beneficiar o réu o juiz não está criando nova lei, mas movimentando-se dentro do campo legal em sua missão se integração legítima. Se ele pode escolher uma ou 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.

Dessarte, a despeito da controvérsia doutrinária e jurisprudencial advinda da possibilidade de combinarem-se duas leis penais para delas extrair exegese mais favorável ao acusado, referida hipótese, para os que a defendem, mostra-se viável na medida em que, ao invés de criar-se uma terceira norma (*lex tertia*), conferir-se-á, em cada caso, efetiva aplicação ao princípio constitucional da retroatividade mais benéfica.

Nesse sentido, retira-se do escólio de GRECO[178], citado por Gomes, o qual assevera:

> Somos da opinião de 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

[177] JESUS, Damásio Evangelista de. 2005, p. 94.
[178] GRECO, Rogério. *In* GOMES, 2007, p. 198.

> revogou o diploma anterior também existem aspectos que o beneficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados.

Dentre os autores que defendem a possibilidade de combinação de leis como a melhor exegese no sentido de beneficiar o réu, uma vez que se trata de mero processo de integração da lei penal, citam-se: Frederico Marques, Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Julio Fabbrini Mirabete, Damásio de Jesus, Nereu José Giacomelli[179] e Luiz Flávio Gomes.

A possibilidade de combinação de leis para delas se extrair a interpretação mais favorável ao réu, a despeito da divergência que envolve a questão, encontra amparo em diversos julgados pátrios, a destacar, dentre esses, os proferidos pelas Segunda e Terceira Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre a aplicação retroativa da Lei de Drogas, na hipótese de combinação de leis, destaca-se o seguinte julgado, da Relatoria do Des. Torres Marques, em julgamento realizado pela Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> RECURSO DE AGRAVO – PRETENDIDA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DESCRITO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 AO CONDENADO POR CRIME TIPIFICADO NO ART. 12 DA LEI N. 6.368/76 – HIPÓTESE DE LEX TERTIA – POSSIBILIDADE DE CONJUGAÇÃO DE PARCELAS DE DUAS LEIS PARA DAR APLICABILIDADE AOS PRECEITOS DO INC. XL DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL – DETERMINAÇÃO DE QUE O JUIZ ANALISE SE O APENADO PREENCHE OS REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DA REFERIDA CAUSA DE DIMINUIÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO[180]

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, extrai-se:

---

[179] NUCCI, 2007, p. 96.
[180] TJSC, Recurso de Agravo n. 2007.004310-4, de Indaial, rel. Des. Torres Marques, j. em 27/3/07.

> TRÁFICO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - INVIABILIDADE - VALIDADE DO TESTEMUNHO POLICIAL - ART. 18, INCISO III, DA LEI Nº 6.368/76 (ASSOCIAÇÃO EVENTUAL) - DISPOSITIVO REVOGADO PELA LEI Nº 11.343/06 - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DECOTADA - INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS - APLICAÇÃO DAS PENAS DO 'CAPUT' - OPERAÇÃO GLOBAL QUE FAVORECE AO CONDENADO - INTELIGÊNCIA DO ART. 2º DO CP - CUMPRIMENTO EM REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA O CRIME DE TRÁFICO E ABERTO PARA O DE POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO[181]

Destaca-se, nesse momento, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná:

> RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU - TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - CONJUNTO PROBATÓRIO EFICAZ - DOSIMETRIA DA PENA - CONFISSÃO ESPONTÂNEA DOS AGENTES - ELEMENTO DE CONVICÇÃO - RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO - MENORIDADE - SÚMULA 231 DO STJ - QUESTÃO DIVERGENTE - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA - ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/06 - RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA - ADEQUAÇÃO EX OFFICIO - FORMA DE CUMPRIMENTO DA CONDENAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, ART. 2º DA LEI 8.072/90 - DECLARAÇÃO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - REDUÇÃO DA PENA - SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO - SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA - RECURSO PROVIDO, EM PARTE. O conjunto probatório é suficientemente eficaz quando descreve a autoria e a materialidade do delito de tráfico ilícito de drogas, e afasta, por incompatibilidade, a tese de negativa de autoria. A confissão que resulta em elemento de convicção deve implicar no reconhecimento da circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, 'd' do Código Penal, ainda que posteriormente tenha ocorrido a retratação por parte dos agentes. As circunstâncias atenuantes possuem aplicação irrestrita, segundo a dicção do artigo 65 do Código Penal, e devem ser reconhecidas, ainda que a pena-base se encontre fixada no patamar mínimo previsto para o tipo, por se

[181] TJMG, Apelação Criminal n. 1.0209.06.054910-9/001, de Curvelo, rel. Des. Edelberto Santiago.

> tratar de direito subjetivo do condenado. Questão divergente. A previsão de causa de diminuição pena para o delito de tráfico, nos termos do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, deve retroagir para atingir a situação dos agentes, por se tratar de interpretação literal do artigo 2º, § único do Código Penal. 'O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional. Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos' (HC 52102/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21.03.2006, DJ 24.04.2006 p. 431). A natureza do delito, somada às demais circunstâncias judiciais, pode indicar o acerto do quantum de pena imposta, do regime inicial de cumprimento da expiação, além da insuficiência da substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Apelação conhecida e parcialmente provida, com adequação ex officio das penas impostas[182].

E, da Sexta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/1976. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO RETROATIVA. COMBINAÇÃO DE DISPOSITIVOS DE LEIS DISTINTAS. POSSIBILIDADE.
> 1 - A Sexta Turma desta Corte, por maioria de votos, tem reiteradamente proclamado que o artigo 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, por se tratar de norma de direito material, sem previsão na legislação anterior, que beneficia o réu dada a possibilidade de redução da pena, deve ser aplicado retroativamente, preenchidos pelo agente os requisitos ali previstos, não obstante haja a necessidade de se combinar dispositivos de leis distintas, incidindo, desse modo, sobre a sanção cominada na Lei 6.368/1976.
> 2 - Agravo regimental a que se nega provimento[183].

Verificados os argumentos utilizados pelos que defendem a combinação de leis, passa-se ao estudo do cálculo utilizado pelos aplicadores do direito nos tribunais pátrios, em especial a Corte Catarinense e os tribunais superiores.

De início, cumpre salientar que, para esta hipótese de raciocínio, deve o

[182] TJPR, Apelação Criminal n. 366739-4, de Umuarama, rel. Des. Jorge Wagih Massad, rel. convoc. Juíza Substituta Rosana Andriguetto de Carvalho.
[183] STJ, Sexta Turma, AgRg no HC n. 102980/SP, rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 26-8-2008.

benefício do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 ser aplicado sobre o *quantum* de pena efetivamente aplicado com base no preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Num primeiro momento, adotou-se a aplicação retroativa do benefício em estudo tendo por base pura e simplesmente o *quantum* estabelecido na lei revogada, de modo que, em caso de aplicação da diminuição no patamar de 2/3 (dois terços) da pena, essa chegaria ao limite mínimo de 1 (um) ano de reclusão.

Nesse sentido, decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos autos de Apelação Criminal n. 2006.025384-3, da Relatoria do Des. Jorge Mussi, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos[184]:

> REPRIMENDA - LEI N. 11.343/2006 - ENTRADA EM VIGOR - EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 33, § 4º, DA NOVEL LEGISLAÇÃO - NORMA DE DIREITO PENAL, BENÉFICA AO APELANTE - NOVATIO LEGIS IN MELLIUS - APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS PENDENTES - INTELIGÊNCIA DO CONTIDO NO ART. 5º, XL, DA CF, E NO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP - MITIGAÇÃO DA SANÇÃO PROCEDIDA DE OFÍCIO.
> Tratando-se a nova causa de especial diminuição da reprimenda prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos de norma de caráter preponderamente penal e, sendo mais benéfica ao apenado, aplica-se imediata e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência, nos precisos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, independentemente da fase em que se encontrem, inclusive em grau de recurso no Tribunal.

E, no corpo do acórdão:

> Evidente, destarte, que a nova causa de especial diminuição da reprimenda citada é perfeitamente aplicável ao caso em exame, posto que se trata norma de caráter preponderamente penal, e, sendo mais benéfica ao apenado, aplica-se imediata e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência, nos precisos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, independentemente da fase em que se encontrem, inclusive em grau de recurso no Tribunal.
> [...]

[184] TJSC, Apelação Criminal n. 2006.025384-3, de Capital/Fórum Distrital do Estreito, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 10-10-2006.

> Assim, resta a sanção definitiva em 1 ano de reclusão, em regime inicialmente fechado, e pagamento de 16 dias-multa, mantida, no mais a decisão condenatória profligada.

Depreende-se do acórdão supramencionado que, ao aplicar o benefício do § 4º do art. 33 do novel Diploma antidrogas, a colenda Segunda Câmara Criminal da Corte Catarinense o fez, em uma primeira análise, diretamente sobre o *quantum* cominado abstratamente para o delito de tráfico de drogas da Lei n. 6.368/76, sem, contudo, estabelecer critério de valoração a fim de evitar que a pena fosse definitivamente fixada em patamar demasiado reduzido, abaixo até do mínimo previsto para o caso da incidência do benefício em grau máximo na nova legislação.

Todavia, em um segundo momento, passou-se a decidir de modo diverso, ao argumento de que a causa de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 está diretamente vinculada ao preceito secundário do *caput* do aludido dispositivo legal, cuja reprimenda mostra-se superior àquela prevista no art. 12 da Lei n. 6.368/76, de modo que, a partir de tal raciocínio, apesar de fazer incidir-se a causa de diminuição sobre o *quantum* da norma revogada, não poderia passar a reprimenda do mínimo que se obteria caso a diminuição fosse processada pelo *quantum* do art. 33 da nova lei antidrogas.

Referido cálculo pode ser assim esmiuçado: para um caso hipotético de condenação com supedâneo no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, cuja pena fora fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, ou seja, no mínimo legal cominado em abstrato, o máximo da redução da pena (dois terços) faria com que esta ficasse em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Ainda, se na mesma situação, houvesse uma condenação com fundamento no art. 12 da Lei n. 6.368/76, à pena de 3 (três) anos de reclusão, ou seja, no mínimo legal, a redução da pena conferida em razão da aplicação retroativa do benefício ínsito na norma penal atualmente em vigor não poderia ultrapassar o limite obtido com a operação realizada sobre o novo *quantum*; ou seja, não poderia a reprimenda ficar aquém do mínimo de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, ainda que sopesado o benefício sobre o montante cominado na lei velha.

Parte da jurisprudência tem filiado-se a esse entendimento: na Corte

Catarinense, as Segunda e Terceira Câmaras Criminais já firmaram posicionamento no sentido de que a aplicação retroativa do benefício sobre o *quantum* do art. 12 da Lei n. 6.368/76 é possível, todavia com a limitação da pena diminuída em 1 (um) ano e 8 (meses), montante que seria obtido em caso de redução no patamar máximo tendo por base o *quantum* do art. 33 da Nova Lei de Drogas. Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência desta Corte de Justiça:

> AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO MINISTERIAL. PRETENDIDA A APLICAÇÃO INTEGRAL DA NOVA LEI ANTIDROGAS (N. 11.343/2006) PARA FIXAÇÃO DA PENA, INCLUSIVE NO QUE SE REFERE À PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE QUE O § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 NÃO SE APLICA À PENA PREVISTA NA LEI N. 6.368/2006. NOVA LEI QUE É PREJUDICIAL AO AGRAVADO, EXCETO NO QUE SE REFERE AO ART. 33 § 4.º. RETROATIVIDADE APENAS DO DISPOSITIVO MAIS BENÉFICO. PRETENSÃO AFASTADA. [...][185]

Do corpo do acórdão, colhe-se:

> [...]
> De outro norte, é perfeitamente aplicável a redução do art. 33 § 4.º da Lei n. 11.343/2006 sobre a pena prevista no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, sem que isso represente afronta alguma à ordem jurídica nem criação de uma terceira lei, como alega a recorrente.
> Ressalta-se, porém, que a pena decorrente da Lei n. 6.368/1976, após reduzida, não deve ser aplicada em patamar inferior ao resultado da aplicação da maior fração redutora (2/3) sobre a pena prevista no art. 33 da Nova Lei Antidrogas, ou seja, não deve ficar abaixo de 1 (um) ano e 8 (oito) meses.
> [...]

Destaca-se que posicionamento idêntico é encontrado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação Criminal n. 700.1691.78822, de Santa Vitória do Palmar, na qual foi Relator o Des. Ranolfo Vieira.

Nesse exato sentido também foi decidido recentemente pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sua Quinta Turma, senão veja-se:

---

[185] TJSC, Apelação Criminal n. 2008.020478-1, de São José, rel. Des. Alexandre D'Ivanenko, j. em 5-6-2008.

> HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RETROAÇÃO DA LEI PENAL NOVA MAIS BENÉFICA. INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
> [...]
> 3. 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 20 meses a 15 anos de reclusão. 4. Sendo mais benéfica ao réu, a norma penal deve retroagir à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal (novatio legis in mellius).
> [...]
> 6. Ordem parcialmente concedida para (a) anular o decreto condenatório no que tange à dosimetria e ao regime de cumprimento da reprimenda e (b) determinar a remessa dos autos ao juízo da execução para que refaça o cálculo da pena, observada a aplicação da causa de diminuição preconizada no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, de 1/6 a 2/3, respeitado o limite mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão[186].

Do corpo do acórdão, colhe-se:

> Fazendo-se uma 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).
> [...]
> Nesse diapasão, **tenho por correta a regressão da norma penal mais benéfica, limitando, contudo, a pena mínima para esses delitos em 1 ano e 8 meses de reclusão**.[...] (grifo no original).

Diante do exposto, tem-se que, para o caso de retroação do benefício consignado no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas com fulcro na pena abstratamente cominada para o delito do art. 12 da Lei n. 6.368/76, os Tribunais

[186] STJ, Quinta Turma, HC n. 94368/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 21-8-2008.

pátrios tem apontado no sentido de que se lhe deve aplicar com a limitação de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, montante que advém da operação hipotética da incidência da causa de diminuição sobre o novo *quantum* estipulado no art. 33 do novel Diploma.

3.3.3 Terceira Hipótese: Retroação calculada sobre o quantum da Lei n. 11.343/06

Esta terceira corrente pauta-se, basicamente, em duas premissas basilares: a primeira, de que a lei não pode retroagir em partes, ou seja, apenas naquilo que seja benéfico ao acusado, porquanto se estaria, com isso, criando uma terceira lei, inexistente no ordenamento jurídico; a segunda, de que a nova lei redefiniu o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pelo que, ao passo que recrudesceu o patamar mínimo da reprimenda corporal, adicionou uma causa de diminuição de pena para aqueles que sejam primários, de bons antecedentes e não se dedicam às atividades criminosas nem a organizações criminosas, causa de diminuição esta que estará sempre acoplada ao preceito secundário do novo tipo penal; assim, faz sentido apenas a sua aplicação quando o sentenciante optar pela sanção do art. 33 do novel Diploma.

Ressalta-se que ambas as premissas visam coibir a afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes e o da isonomia, já que, *in casu*, o Togado, ao aplicar o benefício com o expediente da combinação de leis (aplicação retroativa sobre o *quantum* do revogado art. 12), estaria, de fato, legislando, ao criar uma terceira e inexistente norma (*lex tertia*), composta de elementos de uma lei vigente e outra revogada. Além disso, implicaria em afronta ao princípio da isonomia, haja vista que a resposta penal para condenados pelo mesmo crime nas mesmas condições, mas consumados em momentos diferentes, seria diversa[187].

Dessa forma, importante tecerem-se alguns comentários acerca da impossibilidade da combinação de leis para delas extrair-se o entendimento mais favorável ao acusado.

Muitos autores mostram-se contrários à tese de que a utilização de dispositivos

[187] MENDONÇA, 2008, p. 116.

benéficos de leis distintas, uma já revogada e outra em plena vigência, seja resultado apenas da mera integração de normas, porquanto afirmam tratar-se de verdadeira criação de leis. São eles Nélson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, José Henrique Perangeli, Guilherme de Souza Nucci, Eugênio Raúl Zaffaroni, entre outros.

Nesse momento, importante retirar-se da lição de HUNGRIA[188], citado por Gentil, o qual assevera que "[...] não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex* nova com as da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo".

No mesmo diapasão, a título apenas de informação, o Código Penal Militar proíbe expressamente a conjugação de duas leis para a apuração da maior benignidade (art. 2º, § 2º). Dessarte, a combinação de leis, em que pese ser mais branda ao réu, nos crimes militares não é possível, pois cria uma nova lei, o que é vedado ao julgador.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem decidido, conforme se pode verificar dos seguintes precedentes:

> […] Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. […][189]

E, ainda:

---

[188] HUNGRIA, Nélson. *In* GENTIL, 2007, p. 26.

> HABEAS-CORPUS. 'Lex mitior'. Execução de sentença. Livramento condicional. Combinação de normas que se conflitam no tempo. Princípio da isonomia. O princípio da retroatividade da 'lex mitior', que alberga o princípio da irretroatividade de lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por conseqüência, ao livramento condicional, art. 5., XL, da Constituição Federal e § único do art. 2º do Código Penal (Lei nº 7.209/84). Os princípios da ultra e da retroatividade da 'lex mitior' não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. Habeas-corpus indeferido[190].

Nesse mesmo sentido vê-se também o Recurso Criminal n. 1381/SP, RTJ 94/501 e o Recurso Criminal n. 1412/RJ, RTJ 96/547.

De outro rumo, os que defendem que a impossibilidade de combinar-se o dispositivo benéfico da nova Lei de Drogas aos que cometeram o delito na vigência da antiga lei de tóxicos deve-se, ainda, à nova política criminal de combate aos crimes relacionados a entorpecentes, o que motivou o legislador a apenar com maior severidade o narcotráfico. A esse respeito, importante a análise de alguns pontos.

Com o advento da Lei n. 11.343/06, o panorama geral que se apresenta àquele que comete o delito de tráfico de drogas, desde a instrução até a execução da pena, manteve-se mais severo que o vislumbrado pelo criminoso comum.

Todavia, consoante se depreende da exposição de motivos do projeto de lei que deu ensejo ao aludido Diploma, o legislador infraconstitucional procurou atender a antigas reivindicações, ao levar em conta, na elaboração da norma, a diferenciação entre o grande empresário do tráfico, um dos principais vetores de difusão de drogas, e o traficante eventual, normalmente flagrado com pequena quantidade, cujo lucro, via de regra, destina-se à saciar o próprio vício.

Dessarte, foi criada uma forma moderada de punição ao agente que seja primário, de bons antecedentes, e que não se dedica às atividades criminosas e nem integra organização criminosa. Repressão essa que não se mostra tão rigorosa que o

---

[189] STF, RE-AgRg n. 322348/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 12/11/2002, Segunda Turma, DJ 6/12/2002, p. 74.
[190] STF, HC n. 68416/DF, rel. Min. Paulo Brossard, j. 8/9/1992. Segunda Turma. DJ 30/10/1992, p. 19515, RTJ 142/564.

equiparasse ao integralmente dedicado à mercancia de entorpecentes, e nem tão branda que o igualasse ao mero usuário. Assim, estipulou a minoração da reprimenda do art. 33 de um sexto a dois terços, conforme as peculiaridades do caso, ainda em atenção ao previamente mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/06 – do qual se destaca a quantidade de drogas e a natureza da substância apreendida.

As penas corporais foram, dessa feita, calibradas em atenção ao princípio da proporcionalidade, de modo a adequar-se a Nova Lei de Drogas aos fins propostos pelo legislador, que se consubstanciam na repressão ponderada aos diferentes níveis de envolvimento no narcotráfico.

Diante do posicionamento supramencionado, retiram-se alguns ensinamentos constantes da doutrina.

Do entendimento de MENDONÇA[191], extrai-se:

> Veja, portanto, que a retroação do dispositivo de maneira incondicional estaria a criar uma "terceira" disposição legal (*lex tertia*) – Não prevista na lei 6.368/76 e sequer na nova Lei de Drogas – autorizando os agentes que praticaram os delitos anteriormente à nova lei seriam beneficiados em comparação com aqueles que praticarem os fatos após a entrada em vigor desta. Em outras palavras caso se aplique incondicionalmente a nova disposição, estar-se-ia violando dois princípios constitucionais: da separação de poderes e da isonomia.

GENTIL[192], no mesmo rumo, enuncia:

> Mas o que o juiz não poderá é impor a pena cominada pelo art. 12 e sobre ela calcular a redução definida no citado § 4º da nova Lei, pinçando o que de melhor houver para o réu em dois diplomas, um deles já revogado. O crime de tráfico sobre o qual incide a circunstância redutora de pena é aquele definido e apenado segundo o *caput* do art. 33. A opção, ao contrário, deverá ser por uma das leis ou, antes disso, por uma das normas definidoras do tráfico, com o que ela trouxer, como acessório, de bom ou de mau.

Ao fim, NUCCI[193] dispara:

---

[191] MENDONÇA, 2008, p. 116.
[192] GENTIL, 2007, p. 25.
[193] NUCCI, 2007, p. 332.

> Afinal, não há uma lei com pena mínima de 3 anos para o tráfico + causa de diminuição de pena ao primário, de bons antecedentes etc. [...] Para isso, pensamos ser aplicável a Lei n. 6.368/76 ou a Lei n. 11.343/2006. Não se pode misturá-las. [...] Cremos, ainda, como já sustentamos, ser plenamente possível, no caso concreto, [...] eleger a melhor lei ao acusado ou sentenciado.

A jurisprudência pátria, em que pese apresentar decisões em sentidos opostos, tem decidido no sentido de que a combinação das Leis n. 6.368/76 e n. 11.343/06 não é possível, sob pena de se estar criando uma terceira norma.

A Primeira Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, diferentemente das Segunda e Terceira Câmaras, tem firmado posicionamento nesse sentido. Do voto proferido pelo Des. Solon d'Eça Neves, nos autos de Recurso de Agravo n. 2007.030531-0, colhe-se:

> RECURSO DE AGRAVO – CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA (ARTIGO 12 DA LEI N. 6.368/76) – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06 – PLEITO QUE ALMEJA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM* AFASTADO – APLICAÇÃO RETROATIVA DO REFERIDO DISPOSITIVO – IMPOSSIBILIDADE DE CONJUGAR LEI ANTERIOR E POSTERIOR PARA EMPREGAR APENAS A PARTE QUE MAIS FAVORECE O AGENTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (sem grifo no original)

Este é o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, senão veja-se:

> "[…] Não se pode separar, nesse caso, a norma mais favorável, desligando-a do conjunto em que inserida, para fazê-la retroagir, isoladamente, aplicando-a a outro conjunto, onde as penas já são mais leves e diferentes os critérios de sua aplicação. Esse é seguramente um dos casos em que a norma mais benigna só retroagiria se fosse possível fazer retroagir todo o conjunto em que inserida" (Apelação Crime n. 70016917882, Primeira Câmara Criminal, rel. Ranolfo Vieira, j. em 1/11/2006).

O Superior Tribunal de Justiça, nesse exato sentido, também já decidiu[194]:

> PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. MINORANTE (TEXTO LEGAL VINCULADO). PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL REGRA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE.
> I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da lex mitior, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.
> II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33.
> III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.
> IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.
> V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre *quantum* mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.
> VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, inocorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.
> VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de

[194] STJ, HC n. 105567/SP, Quinta Turma, rel. Min. Félix Fischer, j. em 18-9-2008.

> Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muños Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.
> VII - Na hipótese, revela-se mais vantajoso à paciente a aplicação da nova lei (incluída o quantum mínimo mais elevado e a minorante), tendo em vista ter sido sua pena fixada no mínimo legal, aliado ao fato de fazer jus à aplicação da causa de diminuição.
> Ordem parcialmente concedida.

Diante de todo posicionamento supramencionado, depara-se com uma questão que carece de solução: a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, por ser norma benéfica ao agente, deve retroagir para alcançar àqueles que cometeram as condutas de tráfico de drogas antes da vigência do novel Diploma. Todavia, por tratar o dispositivo de um contexto político-criminal distinto do açambarcado pela lei vigente à época dos fatos, não pode retroagir integralmente, a fim de que seja o benefício calculado sobre o *quantum* da revogada legislação. Assim, em face desta realidade, os tribunais pátrios, a despeito de haver um embate jurisprudencial longe de estar pacificado, vêm concluindo pela aplicação do benefício sobre o *quantum* cominado na nova legislação, desde que o resultado da operação seja mais benéfico ao acusado condenado na vigência da Lei n. 6.368/76. A seguir, esta hipótese será demonstrada.

O aludido cálculo, que, assim como na jurisprudência, encontra eco igualmente na doutrina, pode ser sintetizado em três etapas principais, as quais são destacadas na seqüência:

a) a partir da pena fixada na sentença condenatória, com base na antiga lei de tóxicos, deve-se descobrir o seu equivalente na nova Lei de Drogas (Ex.: três anos na lei antiga correspondem a cinco anos na lei nova);
b) feita esta equivalência, deve-se proceder à nova dosimetria da pena, em um processo mental, de modo a fazer incidir a causa de diminuição de pena do § 4º da Lei n. 11.343/06 sobre a pena equivalente, no patamar definido pelo sentenciante;
c) se, dessa operação matemática, sobrevier limite de pena inferior ao

> anteriormente cominado no edito condenatório, portanto, mais benéfico ao acusado, há a possibilidade de retroação do benefício, de modo que a nova dosimetria, feita apenas no plano mental, deve ser a efetivamente aplicada ao condenado. Caso contrário, obtendo-se montante superior ao que foi condenado o acusado com base na Lei n. 6.368/76, então, por ser flagrantemente mais gravoso, deve a operação ser descartada, com a não retroação do benefício.

Assim, não se está operando a retroação da causa de diminuição de pena combinando-se a antiga e a nova lei, mas, sim, está-se promovendo a aplicação do benefício nas hipóteses em que for mais benéfico ao acusado, sem, contudo, desmembrá-lo do dispositivo legal a que está vinculado (preceito secundário do art. 33 da Nova Lei de Drogas).

Para facilitar o cálculo da equivalência das penas aplicadas com base na Lei n. 6.368/76 e 11.343/06, lança-se da tabela abaixo, que apresenta o máximo de diminuição previamente calculado:

Pena aplicada na sentença com base na Lei n. 6.368/76	**Pena equivalente à fixada na sentença, mas com base na Lei n. 11.343/06**	**Mínimo de pena a cumprir: Aplicação da fração máxima (2/3) sobre a pena equivalente**
3 anos	**5 anos**	**1 ano e 8 meses**
3 anos e 6 meses	5 anos e 5 meses	1 ano, 9 meses e 20 dias
4 anos	**5 anos e 10 meses**	**1 ano, 11 meses e 10 dias**
4 anos e 6 meses	6 anos e 3 meses	2 anos e 1 mês
5 anos	**6 anos e 8 meses**	**2 anos, 2 meses e 20 dias**
5 anos e 6 meses	7 anos e 1 mês	2 anos, 4 meses e 10 dias
6 anos	**8 anos e 6 meses**	**2 anos e 10 meses**
6 anos e 6 meses	9 anos e 5 meses	3 anos, 1 mês e 20 dias
7 anos	**10 anos e 4 meses**	**3 anos, 5 meses e 10 dias**
7 anos e 6 meses	11 anos e 3 meses	3 anos e 9 meses
8 anos	**12 anos e 2 meses**	**4 anos e 20 dias**
8 anos e 6 meses	13 anos e 1 mês	4 anos, 4 meses e 10 dias
9 anos	**14 anos**	**4 anos e 8 meses**
9 anos e 6 meses	14 anos e 11 meses	4 anos, 11 meses e 20 dias
10 anos	**15 anos**	**5 anos**
10 anos e 6 meses	15 anos	5 anos

11 anos	**15 anos**	**5 anos**
11 anos e 6 meses	15 anos	5 anos
12 anos	**15 anos**	**5 anos**
12 anos e 6 meses	15 anos	5 anos
13 anos	**15 anos**	**5 anos**
13 anos e 6 meses	15 anos	5 anos
14 anos	**15 anos**	**5 anos**
14 anos e 6 meses	15 anos	5 anos
15 anos	**15 anos**	**5 anos**

Tabela 1. Penas equivalentes e fração máxima de diminuição.

Exemplifica-se o entendimento supra com o cálculo extraído dos autos do Recurso de Agravo n. 2008.040767-9, da Relatoria do Des. Amaral e Silva, em julgamento realizado pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> A reprimenda corporal calculada com base na Lei n. 6.368/76 restou fixada no mínimo legal, ou seja, em 3 (três) anos de reclusão.
> Transportando-se as frações à nova Lei de Drogas, verifico que a sanção corporal seria fixada em 5 (cinco) anos de reclusão. Aplicando-se a este patamar a redução de 2/3 (dois terços) pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a reprimenda seria de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.
> Com efeito, por ser tal reprimenda mais benéfica que os 3 (três) anos previamente fixados de acordo com os ditames do art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76, imperiosa a redução da reprimenda.

Destaca-se, nesse momento, que a presente solução, adotada por parte da jurisprudência e doutrina, não apresenta ofensa ao princípio da legalidade, pois, nas palavras de DE BEM[195], "o *quantum* de um ano e oito meses ou de dois anos e dez meses (conforme os exemplos) não serão fixados automaticamente, mas apenas servirão de limite ao imaginário do intérprete". E conclui, ao afirmar que "é com base nesse limite que será descoberto o patamar mínimo e máximo da fração que poderá ser aplicada sobre a coação imposta na condenação".

Parte dos doutrinadores corrobora com o cálculo esposado linhas acima, dentre os quais se destacam Guilherme de Souza Nucci, Plínio Antônio Britto Gentil, Andrey

Borges de Mendonça, Paulo Roberto Galvão de Carvalho e Leonardo Schmitt De Bem.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas Corpus* n. 105567/SP, anteriormente mencionado no presente trabalho acadêmico, igualmente já procedeu ao cálculo nos termos explicados acima, senão veja-se, consoante se infere do corpo do acórdão[196]:

> **Em suma**: a **minorante** pode ter aplicação retroativa, **mas desde que** a pena a ser considerada como parâmetro seja a prevista no **caput** do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 que em relação a ela, repita-se, é **indissociável**. Assim, a retroatividade **deve ser total**, mas **jamais parcial**, fruto da **combinação de leis**, pois no caso em exame, reitere-se, a causa de diminuição somente possui **razão de ser** se analisada em conjunto à nova faixa de apenamento trazida pelo novo diploma legal.
> [...]
> Pelo que consta dos autos, a paciente é primária, de bons antecedentes, tanto que lhe foi cominada a pena no mínimo legal, e não há notícias de que se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. De outro lado, a quantidade de droga apreendida, que poderia ser fundamento para a exasperação da pena-base (**ex vi** do art. 42 da Lei nº 11.343/2006) no caso em exame, sequer foi levada em consideração.
> Desse modo, faz-se necessário indagar qual lei apresenta-se mais favorável à paciente. E, no caso, tem-se que será a Lei nº 11.343/2006 tendo em vista a fixação da pena no mínimo legal e a possibilidade de incidência da minorante.
> Assim, tomada a pena mínima prevista na nova lei (5 anos de reclusão) reduzida de 2/3 (dois terços), chega-se à pena final de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. (grifo no original)

No mesmo sentido, apresentam-se o *Habeas Corpus* n. 96242/SP, 5ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho**,** DJ de 09/06/2008 e o *Habeas Corpus* n. 101535/RJ, 5ª Turma, rel. Ministra Laurita Vaz**,** DJ de 02/06/2008.

Cumpre salientar, ao fim, que, consoante esposado no corpo do acórdão n. 2007.029762-8, de Joinville, da Relatoria do Des. Alexandre d'Ivanenko, da Corte

---

[195] DE BEM, Leonardo. A Causa Especial de Diminuição de Pena da Nova Lei de Drogas. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 8., n. 44, p. 45, jun./jul. 2007.
[196] STJ, HC n. 105567/SP, Quinta Turma, rel. Min. Félix Fischer, j. em 18-9-2008.

Catarinense, em sede de Recurso de Agravo, os críticos dessa corrente afirmam que, caso fosse procedido a tal cálculo, ter-se-ia que admitir, também, que uma única sentença condenatória contivesse, para o mesmo réu, a aplicação de duas penas, sendo uma de acordo com a anterior e a outra em conformidade com a nova lei, procedendo-se, em relação a ambas, a todas as fases da dosimetria, o que, definitivamente, não é admissível em nosso ordenamento jurídico. E conclui o Togado:

> A título meramente exemplificativo, tome-se o caso de réu que tenha sido condenado a pena aplicada de acordo com a Lei n. 11.343/2006 porque em comparação com a pena que resultaria da lei antiga aquela lhe era mais benéfica.
> Se houver, nesse caso, recurso ministerial pugnando pela inaplicabilidade da redução prevista no art. 33 § 4.º da Lei n. 11.343/2006, em face do não cumprimento dos requisitos exigidos pelo referido dispositivo legal, e se a esse recurso, sob esse fundamento, seja dado provimento, afastando-se a aplicação daquele dispositivo, então a Lei n. 6.368/1976 voltaria a ser a mais benéfica e, por isso, proceder-se-ia a nova dosimetria da pena, agora de acordo com essa última lei.
> Essa instabilidade, por óbvio, afrontaria, no mínimo, o princípio da segurança jurídica, eis que o acusado em situação idêntica não teria como saber a pena que lhe seria imposta: a da Lei n. 6.368/1976 ou a da Lei n. 11.343/2006.
> Daí decorre que, nos casos como o mencionado acima, para evitar a supressão de instância em relação à análise da dosimetria da pena, o magistrado de primeiro grau teria que proceder, necessariamente, à dosimetria de acordo com ambas as leis, inclusive para justificar a escolha entre uma ou outra.[197]

Como conclusão, tem-se que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 mostra-se plenamente aplicável, de forma retroativa, aos crimes cometidos anteriormente à data de sua vigência, de modo que deve ser sopesada com base na pena imposta pelo *caput* da mencionada Lei, desde que desse cálculo resulte uma pena inferior ao que resultaria da incidência do art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, sem a aplicação do benefício, caso em que a opção do julgador deve sempre ser pela nova Lei.

---

[197] TJSC, Recurso de Agravo n. 2007.029762-8, de Joinville, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 5-6-2007.

CONCLUSÕES

No presente trabalho acadêmico, buscou-se verificar se a causa especial de diminuição de pena estatuída no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 deve incidir sobre a pena aplicada com base no *quantum* abstrato previsto no art. 12 da antiga lei de drogas (Lei n. 6.368/76) ou sobre a reprimenda calculada com fulcro na cabeça do art. 33 do último estatuto e, para tais casos, como deveria se proceder à dosimetria da pena.

Desse modo, a pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro, procurou-se abordar os principais elementos envolvidos no tema da aplicação da lei no tempo, em especial a que trata de direito penal, com enfoque nos princípios e nas situações concretas em que deve a norma retroagir.

Num segundo momento, procurou-se destrinchar as circunstâncias e elementos que devem ser sopesados pelos magistrados por ocasião da dosimetria da pena, de modo que se conferiu destaque às circunstâncias ditas judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, agravantes e atenuantes (genéricas e específicas), qualificadoras e causas de aumento e diminuição (genéricas e especiais, da mesma forma), estas últimas de peculiar interesse para o tema central do trabalho acadêmico, uma vez que se trata o benefício contido no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas de uma causa especial de diminuição de pena, cujo reflexo na reprimenda é objeto central da presente pesquisa.

Ao fim, estudou-se a Nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06), oportunidade em que foram abordados os antecedentes do combate ao comércio de drogas, os pormenores e inovações do novel Diploma, o delito de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei e, por derradeiro, a aplicação do benefício previsto no § 4º do aludido dispositivo legal. Com relação a este último, além dos requisitos para sua aplicação, deu-se especial atenção às três correntes predominantes na doutrina e na jurisprudência no tocante à aplicação retroativa do benefício aos que cometeram o crime de tráfico de drogas na vigência da Lei n. 6.368/76, quais sejam: (a) a primeira, que trata da impossibilidade de retroação do benefício, ao argumento de que o benefício em questão está visceralmente conectado ao preceito secundário do art. 33

da Nova Lei de Drogas, de modo que não pode dele separar-se; e, por tratar de norma mais gravosa, ao estipular pena mínima em patamar superior ao da revogada lei, não pode esse retroagir; (b) a segunda, diametralmente oposta, pugna pela retroação integral do dispositivo, calculado sobre o *quantum* de pena estipulado na Lei n. 6.368/76, pois se trata de conferir plena aplicação ao princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica; não se trataria, aqui, de combinação de leis, mas sim, de integração de normas, função conferida ao exegeta pela constituição; (c) a terceira, e última, dá conta da possibilidade de retroação do benefício, por figurar como norma flagrantemente benéfica, o que, contudo, deve ser operado sobre o *quantum* de pena cominado no novo tipo penal (art. 33 da Lei n. 11.343/06), apenas se referida operação redundar em benefício para o réu, na prática. E é a esse entendimento que se filia o presente trabalho acadêmico.

Nesse sentido, alguns pontos importam análise. De início, destaca-se que o princípio da anterioridade da aplicação da lei penal mais benéfica, decorrente do conflito intertemporal de normas, foi consagrado pelo art. 5º, XL, da Constituição Federal. Tem-se, pois, que a regra geral é a da irretroatividade da lei penal e a exceção é a sua retroatividade, na ocasião em que traga algum benefício ao réu. E, com efeito, consoante a lição doutrinária, a lei nova pode trazer duas espécies de benefícios, ambos abordados no presente trabalho: a *abolitio criminis* e a *novatio legis in mellius*. A primeira hipótese ocorre quando a lei posterior deixa de considerar um fato como crime, tal qual estatuído no art. 2º, *caput*, do Código Penal. A segunda hipótese, por sua vez, dá-se quando a lei nova traz algum benefício para o réu, embora a conduta empreendida por ele continue sendo criminosa, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

No tema em estudo, qual seja, o benefício contido no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas, que encerra uma causa de diminuição àqueles que cometeram o delito de tráfico de drogas mas ostentam primariedade, bons antecedentes e não se dedicam às atividades criminosas e nem integram organização criminosa, está presente a segunda hipótese de aplicação da lei mais benéfica, qual seja, a *novatio legis in mellius*. Isso porque a conduta criminosa de tráfico de drogas continuou sendo delituosa, com pena até mais grave do que aquela prevista na lei anterior, como

mencionado, já que antes variava de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão (art. 12 da Lei nº 6.368/76) e agora se apresenta entre 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão (art. 33 da Lei nº 11.343/06), contudo, sem excluir a figura típica do tráfico de entorpecentes, criou um novo benefício, ao instituir uma causa especial de diminuição de pena, conforme prevê o § 4º, do seu art. 33.

Dessa forma, diante do fenômeno da *novatio legis in mellius*, nasceu para o intérprete do direito um dilema, qual seja, o de que fazer com relação aos crimes praticados na vigência da lei anterior, cujo autor satisfaz os requisitos do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

A interpretação mais açodada redundou no raciocínio de que, se a lei nova criou um benefício ao réu, de modo a possibilitar-lhe a diminuição da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que preenchidos os requisitos mencionados, referido benefício deve retroagir aos condenados sob a égide da lei anterior, em homenagem ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, razão pela qual a pena aplicada nos moldes da antiga lei deve ser diminuída de 1/6 a 2/3, tão-somente, ou, em último caso, no limite de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, montante que se obtém com a redução máxima da pena abstratamente cominada para o novo tipo penal (art. 33 da Lei n. 11.343/06), ainda que se calcule a diminuição com base na antiga lei de tóxicos.

Entretanto, numa análise detida, este não se mostra o entendimento mais adequado e coerente com os princípios da retroatividade da lei penal mais benigna. O raciocínio inicial da retroação mostra-se prudente, todavia, a a conclusão final da aplicação da redução do art. 33, § 4º, sobre a pena imposta com base na lei antiga, apresenta-se descabida.

Desse modo, a indagação que toma vulto é a de que se pode o juiz aplicar esta mesma causa especial de diminuição pena, prevista na lei posterior benéfica, sobre a pena mais branda fixada pela lei anterior, não mais em vigor. Entende-se que não. Ao permitir-se esta prática, o juiz estará a conjugar dispositivos de duas leis combinadas, de modo a criar uma terceira lei, investindo-se na função de típico legislador, o que evidentemente não lhe cabe.

Vê-se que a lei posterior, mais benigna quando prevê uma nova causa de diminuição de pena, autorizou que essa fosse fixada minimamente em 1 (um) ano e 8

(oito) meses, ao passo que, combinando a causa especial de diminuição de pena da Nova Lei e com a pena fixada nos moldes da lei anterior já revogada, a pena mínima redundaria em 1 (um) ano, o que corresponde à diminuição em grau máximo, qual seja, de 2/3 (dois terços), previstos na nova lei, sobre os 3 (três) anos da pena mínima da lei antiga. Desse modo, a Lei n. 11.343/06 retroagiria para beneficiar o réu em *quantum* maior do que ela própria autorizou, o que, de fato, não foi a finalidade do legislador.

Dessarte, a partir de todo o exposto, verifica-se que a lei só pode retroagir para beneficiar o réu se assim o fizer por completo. O intérprete não pode, nesse passo, colher pontos desta lei para combiná-los com aspectos da lei anterior, a fim de beneficiar o condenado. Destaca-se que referida conclusão tem merecido forte discussão na doutrina nacional; todavia, muitos autores de expressão tem se inclinado pela impossibilidade de conjugação de alguns aspectos da lei nova com outros da lei antiga, o que fazem sob o argumento de que, ao permitir esta prática, o juiz passaria a operar como legislador, de modo que estaria a criar uma terceira e inexistente lei. Desse modo, entende-se que a melhor medida a ser adotada é a possibilidade de retroação do benefício, por ser manifestamente mais benéfico ao acusado, contudo, com o cálculo operado em razão do novo *quantum* estipulado na Lei n. 11.343/06, de modo que apenas incidiria para beneficiar o réu, no caso concreto, na situação em qie tal redução redundasse em uma reprimenda menor do que a fixada com espeque na antiga lei de tóxicos. Haveria, nessa hipótese, a retroação da causa de diminuição sem desligá-la do preceito secundário a que está intrinsecamente vinculada, o que, na posição adota, entende-se ser a medida mais prudente.

REFERÊNCIAS

BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova lei de drogas*: comentários à Lei n. 11.343/06. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 248 p.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 3-9-08, às 9h 30min.

_____, Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 3-8-08, às 10h.

_____, Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 3-9-08, às 10h.

_____, Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 3-9-08, às 10h.

_____, Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 10-10-08, às 9h.

_____, Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 16-10-08, às 8h.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 571 p. v. 1.

_____. *Curso de direito penal*: legislação penal especial. São Paulo: Saraiva, 2006. 770 p. v. 4.

CARLIN, Volnei Ivo. *Manual de Direito Administrativo*: Doutrina e Jurisprudência. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. 544 p.

DE BEM, Leonardo. *A Causa Especial de Diminuição de Pena da Nova Lei de Drogas*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 8., n. 44, p. 39-47, jun./jul. 2007.

DELMANTO, Celso, *et alli*. *Código Penal comentado*: legislação complementar. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1078 p.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 779 p.

GENTIL, Plínio Antônio Brito. *Tóxicos – Lei de Drogas*: novas polêmicas. *In* Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 1. ago/set. 2004. Porto Alegre: Magister, 2004. v. 21. dez/jan 2007. p. 24-35.

GOMES, Luiz Flávio, *et alli*. *Lei de drogas comentada*: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 381 p.

_____. *Traficante Primário e Diminuição da Pena por Força da Nova Lei de Drogas*. Instituto LFG. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070515181751243&mode=print>. Publicado em: 16-5-2007. Acesso em: 27-10-2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: Prevenção – repressão*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Tóxicos*: comentários, jurisprudência e prática (à luz das leis 10.409 e 6.368/76). 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas comentada*: crimes e regime processual penal. Curitiba: Juruá, 2006. 304 p.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 750 p. v. 1.

LIMA, Arnaldo Siqueira de. *Os juizados especiais criminais e os crimes de tóxicos*. Revista Consulex. São Paulo, out. 2002, p. 18-19. v. 139, ano 4.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Lei de drogas*: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 483 p.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 972 p.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 388 p. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*: parte geral e especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1.072 p.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1.087 p.

OLIVEIRA**,** Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia jurídica*: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso. Porto Alegre: Síntese, 1999. 127 p.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1054 p.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral – arts. 1º a 120. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 701 p. v. 1.

SILVA, Jorge Vicente. *Manual da Sentença Penal Condenatória*: requisitos e nulidades. Curitiba: Juruá, 2003, 475 p.