II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-221-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, repetindo o sucesso do primeiro evento realizado pelo CONPEDI em ambiente eletrônico, reuniu pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos, com a segurança e a responsabilidade exigidas pelo contexto delineado pela pandemia da Covid-19.

Aqui, temos a honra de apresentar os artigos oriundos de pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição I", na tarde do dia 7 de dezembro de 2020.

No trabalho intitulado "A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL POPULAR DO JÚRI", Marcelo de Almeida Nogueira, Jackeson dos Santos Lacerda e Luiza Moreira Cordeiro Tavares analisam como os casos julgados no âmbito do Tribunal do Júri são constantemente explorados pela mídia e como esta prática jornalística possibilita a emissão de opiniões e conceitos prévios que podem influenciar na formação da opinião pública.

Lara Castelo Branco Monteiro Benevides, no trabalho intitulado "A PARCIALIDADE DO POLICIAL MILITAR COMO TESTEMUNHA NO MEIO PROBATÓRIO: UMA LEITURA CRIMINOLÓGICA NECESSÁRIA AO PROCESSO", investiga o testemunho do policial militar como meio de prova, analisando sua inoportunidade pelas lições criminológicas aplicadas ao processo penal.

O trabalho de autoria de Fábio André Guaragni e Douglas Rodrigues da Silva, sob o título "AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS E O APROVEITAMENTO DA PROVA NO PROCESSO PENAL", aborda a (i)licitude da prova oriunda de apreensão e monitoramento de equipamentos e meios eletrônicos disponibilizados pela empresa aos empregados, no curso de investigações internas decorrentes de programas de compliance, apontando alguns limites de aproveitamento da prova.

Já o trabalho "COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A GARANTIA DO DIREITO À VIDA E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO", da lavra de Enrique Omar Rocha Silva Rocha e Marcelo Nunes Apolinário,

analisa, a partir da garantia fundamental do direito à vida, a (in)constitucionalidade da descriminalização do aborto e, consequentemente, interrupção da gravidez, como verdadeiro método contraceptivo, nos três primeiros meses da gravidez, com fundamento na liberdade individual e autonomia da vontade da gestante para decidir livremente sobre a maternidade, tendo como paradigma decisão do Supremo Tribunal Federal proferida por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 124.306 do Estado do Rio de Janeiro.

Em "EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABUSO DE AUTORIDADE NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA E PERSPECTIVAS", Rafael Fecury Nogueira e Willibald Quintanilha Bibas Netto debruçam-se sobre a evolução histórica verificada no Brasil sobre as leis de abuso de autoridade. A pesquisa busca avaliar se a disciplina brasileira do abuso de autoridade tem evoluído ou não na proteção contra tal prática.

Airto Chaves Junior e Luciana Bittencourt Gomes Silva apresentam um estudo teórico-empírico da prisão preventiva como garantia da ordem pública nas cinco Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir da análise de 605 acórdãos julgados entre 2019 e 2020, nos quais se decretou ou se manteve a medida, análise que permitiu aos autores concluir que as prisões são animadas por critérios extralegais, tais como o merecimento, a suposta periculosidade do sujeito ou para credibilidade da justiça. O texto recebeu o título "GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO CRITÉRIO DE ENCARCERAMENTO CAUTELAR NAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA: UMA ANÁLISE TEÓRICO-EMPÍRICA".

O trabalho "GARANTISMO E A REGULAÇÃO DOS PODERES: ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO", de Melina de Albuquerque Wilasco, revisita conceitos cunhados pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli a fim de verificar como o constitucionalismo garantista pode colaborar com o debate acerca da crise do sistema carcerário.

Em "LIMITES À CENSURA MORAL E UMA DEFESA DA CULPABILIDADE PELO FATO COMO GUIA AO JULGADOR NA DOSIMETRIA DA PENA", Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque analisam a incompatibilidade de valorações de natureza subjetiva, amparadas em padrões idealizados de comportamento, com princípios constitucionais, buscando contribuir para o aperfeiçoamento do processo de definição da pena.

Sob o título "O ATIVISMO JUDICIAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: REVOGAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIAS NAS ADCS 43, 44 E 54, A VONTADE DO POVO OU DA VONTADE DO JUIZ", Wesley Andrade Soares investiga

em que medida há ativismo judicial e/ou mutação constitucional que intente pela prisão em segunda instância, perquirindo sobre uma possível sobreposição entre ativismo judicial e mutação constitucional que seria responsável por impulsionar a legalidade de uma execução antecipada da pena.

Por fim, no texto intitulado "O BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA PENA NO TRÁFICO DE DROGAS E A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO", Felipe Braga de Oliveira e Luciana de Souza Breves analisam a aplicação jurídico-penal do tráfico privilegiado sobre fatos pregressos à Lei n.º 11.343/06, mormente aos casos regidos pela Lei n.º 6.346/76. Os autores investigam a possibilidade da conjugação de leis no tempo, isto é, lei revogada, naquilo que é mais benéfica, com as benesses da norma de regência, mostrando finalmente o atual entendimento das Cortes acerca da combinação de leis.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, são os votos dos organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA PENA NO TRÁFICO DE DROGAS E A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO

THE BENEFIT OF REDUCTION PEN ON DRUG TRAFFICKING AND A COMBINATION OF CRIMINAL LAW IN TIME

Felipe Braga de Oliveira [1]
Luciana de Souza Breves [2]

Resumo

O presente artigo visa analisar a aplicação jurídica-penal do tráfico privilegiado sobre fatos pregressos à Lei n.º 11.343/06, mormente aos casos regidos pela Lei n.º 6.346/76. Analisar-se-á a divergência doutrinária e jurisprudencial, discutindo-se a legalidade da combinação da Lei n.º 11.343/06 com a Lei n.º 6.368/76. Assim, abordaremos tema sensível relativo a liberdade, analisando a possibilidade da conjugação de leis no tempo, isto é, lei revogada, naquilo que é mais benéfica, com as benesses da norma de regência, mostrando finalmente o atual entendimento das Cortes acerca da combinação de leis.

Palavras-chave: 1. lei penal no tempo, 2. combinação de leis, 3. lei de drogas, 4. tráfico privilegiado

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to analyze the legal-penal application of privileged trafficking over facts prior to Law n. 11.343/06, especially the cases governed by Law n.º 6.346/76. The doctrinal and jurisprudential divergence will be analyzed, discussing the legality of the combination of Law n. 11,343/06 with Law n. 6.368/76. Thus, we will address a sensitive issue related to freedom, analyzing the possibility of the combination of laws in time, that is, a repealed law, in that which is most beneficial, with the benefits of the rule of conduct, finally showing the Court´s current understanding of the combination of laws.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: 1. criminal law in time, 2. combination laws, 3. drug law, 4. privileged traffic

---

[1] Doutorando em Direito (FADISP). Mestre em Direito (UEA). Especialista em Direito Penal em Criminologia (PUCRS), em Ciências Criminais (PUCMINAS) e em Direito Penal e Processual Penal (UCAM). Professor Universitário. Advogado.

[2] Aluna Especial do Mestrado em Direito (UEA). Especialista em Direito Ambiental e Sustentabilidade (UCAM). Capacitada em Direito Ambiental Penal (Prominas). Servidora Pública (PGM-Manaus). Assistente (CPRD-Manaus). Advogada

1 INTRODUÇÃO

A extratividade da lei mais benéfica em matéria penal é, sem dúvida, consenso na doutrina e jurisprudência como princípios que devem permear as decisões dos aplicadores do direito. Tal prerrogativa hermenêutica encontra, inclusive, abrigo constitucional na consagração do Princípio da Anterioridade Penal.

Entretanto, tal consenso inexiste quando se trata da utilização concomitante de duas leis diversas, isto é, manejo simultâneo dos dispositivos mais benéficos de cada uma dessas em benefício do réu, combinando-os por meio da extratividade.

Notadamente a partir do advento da nova Lei de Drogas n.º 11.343/2006 surgiu acirrada discussão acerca da possibilidade de mesclar dispositivos de duas leis (revogada e vigente) em benefício do agente, uma vez que a novel lei majorou de três para cinco anos a pena mínima para os crimes tipificados em seu artigo 33, ao mesmo tempo que previu causa de diminuição de pena, conhecida como tráfico privilegiado, estabelecida precisamente no §4º do referido artigo.

Nesse passo, doutrina e jurisprudência passaram-se a dividir quanto à possibilidade de aplicação da revogada Lei n.º 6.368/76, relativamente a pena mínima de três anos mais benéfica para o crime de tráfico de entorpecentes, de forma simultânea com a causa de diminuição de pena prevista na nova Lei n.º 11.343/2006, sendo este o ponto central deste trabalho científico.

2 APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Da mesma forma que as demais leis, a lei penal também tem seu ciclo temporal de criação, vigência e extinção. Dessa forma, a sua aplicabilidade não atinge, em regra, os fatos ocorridos antes do seu "nascimento" ou depois de sua "morte", criando-se, com isso, os institutos que regem a aplicação da lei penal.

Nas palavras de Damásio de Jesus:

> Desde que a lei entre em vigor, até que cesse sua vigência, rege todos os fatos abrangidos pela sua destinação. Entre estes dois limites, entrada em vigor e cessação de sua vigência, situa-se a sua eficácia. Assim, não alcança os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage nem tem ultra-atividade. É o princípio do *tempus regit actum* (JESUS, 1999, p. 72).

Ocorre que com a pluralidade de relações jurídicas existentes é natural que ocorram questões que dificultem a assimilação e aplicação prática da lei no tempo, principalmente no

tocante as diversas mutações legislativas observadas em curtos espaços de tempo.

Assim sendo, imprescindível é o estudo detalhado das diversas vertentes que o conteúdo sugere ao ordenamento jurídico, analisando-se, paralelamente, os casos concretos com as possíveis normas aplicáveis.

2.1 Sucessão da lei penal no tempo

No direito positivo brasileiro podem surgir várias leis penais entre a data do fato praticado e o término do cumprimento da pena, ocorrendo a chamada sucessão de leis no tempo.

Guilherme de Souza Nucci ensina:

> A regra geral em direito é a aplicação da lei vigente à época dos fatos (*tempus regit actum*). No campo penal não ocorre de maneira diversa: ao crime cometido em determinada data, aplica-se a lei penal vigente exatamente no mesmo dia, ainda que posteriormente venha a ser proferida a sentença (NUCCI, 2009, p. 101).

Deste modo, analisando o momento da consumação do delito, ou seja, a data de sua ação ou omissão, utiliza-se a norma penal em vigor ao tempo do crime, ainda que seu resultado venha a ocorrer em momento diverso, tendo como base a teoria da atividade adotada pelo Código Penal.

A teoria da atividade consiste na fixação do tempo em que o delito se considera praticado para saber qual lei deve ser aplicada. É o que dispõe o artigo 4°, do Código Penal Brasileiro: “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

Segundo Bitencourt (2015) o direito intertemporal possui alguns princípios que objetivam a resolução de questões que naturalmente surgem com a sucessão de leis penais no tempo.

Com isso, criaram-se institutos basilares, a partir da análise do conflito entre normas subsistentes, cuja ideia principal é defender a segurança jurídica, segundo a qual as normas que regulam as infrações penais e suas consequentes punições não podem ser modificadas em prejuízo do agente depois de consumado o fato.

Luiz Antônio de Souza (2010, p. 30) assim explica: “Em outras palavras, para que se possa aplicar uma lei penal a um fato, primeiro deve existir a lei contemplando aquele fato como criminoso, a lei deverá ser anterior ao fato e deve estar em vigência ao tempo do fato.”

Dessa forma, como regra é vedada a extratividade de normas punitivas fora do seu âmbito de regência. Isto é, uma norma revogada não pode ordinariamente ser aplicada a fatos posteriores, tampouco leis inovadoras podem ser utilizadas sobre fatos pretéritos à sua edição.

Todavia, conforme as leis são criadas e colocadas em vigência, é necessário fazer uma comparação excepcional entre elas, com a finalidade de identificar a norma que melhor atenda aos interesses do agente, de modo a ultragir a anterior, se esta for considerada mais benéfica àquele, ou retroagir, quando a norma atual atender melhor seus interesses, de maneira excepcional.

2.2 Extratividade da lei mais benigna.

Fala-se em extratividade quando uma lei, projetando-se para o passado ou para o futuro, atinge fatos que inexistiam à época de sua vigência:

> [...] a extra-atividade é a capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo, regulando fatos ocorridos durante a sua vigência, mesmo depois de ter sido revogada, ou de retroagir no tempo, a fim de regular situações ocorridas anteriormente à sua vigência [...] (GRECO, 2013, p.11).

Podemos subdividir a extratividade em duas variáveis: retroatividade, quando nos referirmos a fatos ocorridos anteriormente à entrada de uma lei em vigor; e ultratividade, quando fizermos alusão a fatos ocorridos na vigência da lei, porém julgados após sua extinção.

Nesse sentido, o artigo 2° do Código Penal Brasileiro sugere, em sua redação, sobre a possibilidade excepcionalíssima de aplicar-se uma novel lei a casos ocorridos antes de sua vigência, quando esta deixar de considerá-los como crime, inferindo no fenômeno da *abolitio criminis*. A este instituto damos o nome de princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica:

> Em regra, os fatos praticados na vigência de uma lei devem ser por ela regidos (tempus regit actum). Como exceção à regra, é prevista a extra-atividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5°, XL e CP, art. 2°), possibilitando a sua retroatividade (aplicação da lei penal a fato ocorrido antes de sua vigência) (AZEVEDO, 2012, p. 103).

Tem-se, então, que o princípio da retroatividade benéfica nada mais é que "[...] a possibilidade conferida à lei penal de retroagir no tempo, a fim de regular os fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor" (GRECO, 2013, p. 11), tendo tal fenômeno respaldo não só na Lei Penal como no artigo 5°, inciso XL, da Constituição Federal, o qual dispõe que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Deste modo, apesar da regra geral da irretroatividade da lei penal impossibilitar a aplicação da lei a fatos anteriores à sua entrada em vigor, é de grande valia pontuar que devemos excetuar a referida regra quando, porventura, sobrevier regra mais benéfica ao réu, também chamada juridicamente de *lex mitior*.

Isso porque "algumas vezes uma nova lei é editada e, embora mantenha o fato como

crime, trata de forma mais benéfica a situação de seu autor. Nesse caso, por ser mais favorável, ela sempre retroage para beneficiar o réu [...]" (SOUZA, 2010, p. 33)

Pode-se dizer que qualquer lei que melhore a situação do réu, seja descriminalizando condutas, abrandando penas ou aumentando liberdades, é digna de ser aplicada retroativamente, ainda em casos já transitados em julgado.

Seguindo outra via, conforme explicado anteriormente, temos ainda uma segunda espécie dentro do gênero da extratividade, a chamada ultratividade. Também sob o argumento de beneficiar o agente aplica-se este fenômeno aos casos em que uma norma já revogada mantém seus efeitos, atingindo fatos ocorridos após o período de sua regência.

Nesse sentido, Azevedo (2012, p. 104) pontua: "sendo a lei nova mais severa, os fatos praticados antes de sua vigência serão regulados pela lei revogada, que possuirá ultratividade." Há, assim, a materialização da ultratividade quando o magistrado, no momento da sentença, aplica a lei revogada por ser a norma vigente à época dos fatos, de modo a projetar sua eficácia mesmo depois de sua extinção.

Nesta linha de raciocínio, concluiu a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Laurita Vaz, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n.º 46083/GO, que "segundo o princípio da ultra-atividade da lei penal mais benéfica, o agente do delito reponde, nos termos da lei favorável, pelos fatos cometidos durante a sua vigência, se, posteriormente, esta lei for revogada, introduzindo-se no seu lugar lei mais gravosa" (STJ, 2007, p. 268).

Entretanto, para a aplicação dessas duas subespécies da extratividade é necessário verificar qual a consequência da aplicação de cada lei no caso concreto, de modo a visualizar qual lei penal seria a mais favorável ao agente.

> No conflito de leis penais no tempo, é indispensável investigar qual a que se apresenta mais favorável ao indivíduo tido como infrator. A lei anterior, quando for mais favorável, terá ultratividade e prevalecerá mesmo ao tempo de vigência da lei nova, apesar de já estar revogada. O inverso também é verdadeiro, isto é, quando a lei posterior for mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência (BITENCOURT, 2015, p. 207).

Portanto, verifica-se que a regra geral da impossibilidade da extratividade da Lei Penal, trazida no próprio texto constitucional, é excetuada de tal maneira que uma lei, mesmo fora do seu âmbito de eficácia, pode ser utilizada se for para beneficiar o réu.

2.3 Combinação de leis penais

Apesar de não haver maiores dúvidas quanto a extratividade da lei penal, fervorosa discussão surgiu quanto à possibilidade de combinações de leis no tempo, nos casos em que a

nova lei é mais benéfica apenas em parte quando comparada com a lei revogada.

Nessa hipótese "a conjugação poderia ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra lei, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior" (MIRABETE, 2005, p. 67).

Com isso, passou a ser analisada a conveniência da aplicação simultânea da retroatividade parcial de uma determinada lei, e a ultratividade da lei já revogada por esta, no que lhe for mais favorável, o que chamamos usualmente de combinação de leis penais no tempo.

Segundo GRECO (2013), fala-se em combinação de leis quando, a fim de atender aos princípios da ultratividade e da retroatividade, ao julgador é conferida a possibilidade de extrair de dois diplomas legais os dispositivos que atendam aos interesses do agente, desprezando aqueles outros que o prejudiquem.

Tal fenômeno "dá-se quando o intérprete, verificando que uma nova lei favorece o agente num aspecto e prejudica-o noutro, apenas a aplica no aspecto benéfico, mantendo, no mais, a regra branda oriunda da lei anterior" (ESTEFAM, 2012, p. 145).

No entanto, há constante divergência, não só doutrinária quanto jurisprudencial, quanto à legalidade deste instituto, uma vez que, em tese, estar-se-ia aplicando duas leis ao mesmo tempo, a um caso concreto.

A favor desta combinação há doutrinadores, como Rogério Greco (2013) e Cezar Roberto Bitencourt (2015), que defendem que se no princípio da extratividade da norma mais branda é facultado ao magistrado a aplicação no todo de uma lei fora do seu campo de regência, nada o impediria de aplicar somente partes de leis.

Assim, para esta corrente a combinação de várias leis para beneficiar o agente seria "[...] possível, uma vez que se pode o todo, não teria problema escolher parte de um todo e parte de outro, atendendo, assim, os princípios da ultra-atividade e retroatividade benéficas. O juiz apenas efetua uma integração normativa." (AZEVEDO, 2012, p. 107).

A contrario sensu, uma segunda corrente defendida por Nestor Távora (2014) e Aníbal Bruno argumenta que agindo dessa forma o aplicador penal estaria exercendo função fora de sua competência, qual seja de legislar, uma vez que ao combinar duas leis diferentes, estaria inovando no ordenamento jurídico e criando uma terceira lei chaLmada de *lex tertius*.

É o que já aduzia Damásio de Jesus, anos antes de tal discussão tomar maiores proporções:

> Argumenta-se que a disposição mais favorável ao sujeito não deve ser obtida através da combinação da lei antiga com a nova, apanhando-se delas as partes mais benignas. Se isso possível, afirmam, o juiz estaria criando uma terceira lei, o que não é permitido (JESUS, 1999, p. 94).

Não obstante, existem, ainda, aqueles que sustentam que, em caso de dúvida entre qual das duas leis sucessivas seria mais benéfica, a melhor opção seria consultar o próprio réu, apresentando-lhe as possibilidades, e permitindo que este escolha por qual norma prefere ser julgado. Trata-se da solução indicada no Código Penal Espanhol de 1995, defendida no Brasil pelo jurista Nélson Hungria (1977 *apud* GRECO, 2013), a qual veremos a fundo em seção própria.

Nesse sentido, sabe-se que há proeminente conflito de entendimento no tocante à possibilidade ou não da combinação de leis penais no tempo para beneficiar o réu, de modo a cumular os dois institutos da extratividade simultaneamente, ou seja, a retroatividade de uma lei com a ultratividade de outra.

3 LEI DE DROGAS

A criminalização das condutas relacionadas ao tráfico e uso de drogas nem sempre foi assim considerada no Brasil. Após várias tentativas de regulamentações mal sucedidas, surgiu a mais conhecida Lei n.º 6.368/76, diferenciando as penas quanto a posse e uso pessoal e triplicando as penas para as condutas tipificadas como tráfico ilícito de entorpecente, cuja pena base passou de três para quinze anos de reclusão.

Durante anos a legislação especial de tóxicos passou a ser regida por dois diplomas legais. A matéria penal era regulamentada pela Lei n.º 6.368/76, enquanto a processual seguia as normas da Lei n.º 10.409/2002.

Nas palavras de Fernando Capez:

> A legislação básica era composta das Leis n. 6.368, de 21 de outubro de 1976 e 10.409 de 11 de janeiro de 2002. Esta última pretendia substituir a Lei n. 6.368, mas o projeto possuía tantos vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas que foi vetado em sua parte penal, somente tendo sido aprovada a sua parte processual [...] (2012, p. 754).

Foi com a criação da Lei 11.343/06, a qual encontra-se em vigor até a presente data, que revogaram-se ambas as legislações especiais, valendo-se de uma única lei para regular os crimes de drogas.

> O art. 75 da nova Lei revogou tanto a Lei 6.368/76 como a Lei 10.409/2002 (essas eram as duas leis que cuidavam do assunto drogas no nosso País). Mas isso não significa *abolitio criminis*, ou seja, todas as atividades criminosas previstas na Lei anterior foram contempladas no novo diploma legal. (GOMES, 2006, p.09)

A novel lei trouxe, ainda, várias mudanças e inovações no âmbito de prevenção e repressão ao comércio e uso de substâncias entorpecentes. É o que passaremos a analisar.

3.1 Modificação da pena mínima com o advento da Lei n.º 11.343/06

Editada a nova Lei de Drogas n.º 11.343/06, a qual entrou em vigor trinta anos após a última alteração legislativa, várias foram as modificações observadas na política proibicionista e incriminadora da produção, distribuição e venda de drogas, mormente no que chamamos de tráfico ilícito de entorpecentes.

A primeira modificação foi a majoração do *quantum* da pena mínima em abstrato cominada aos agentes que, porventura, vierem a praticar quaisquer dos verbos do tipo penal descriminados no artigo 33, *caput* e parágrafo 1º, da Legislação Especial de Drogas n.º 11.343/06.

> A lei aumentou a pena, que era de 3 a 15 anos, para 5 a 15 anos e impôs uma multa mais pesada (500 a 1.500 dias-multa). Na fixação da pena privativa de liberdade, deverá o juiz considerar com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente [...] (CAPEZ, 2012, p. 779)

A pena mínima deste ilícito penal passou muitos anos, especialmente durante a vigência da Lei n.º 6.368/76, sendo de três anos de reclusão. No entanto, com o advento da nova Lei de Drogas, que revogou a anterior, a sanção tornou-se mais severa na medida em que a Lei n.º 11.343/06 passou a dispor em seu preceito secundário a pena mínima de cinco anos para os delitos tipificados como tráfico de drogas, não alterando a pena máxima de quinze anos.

Nesse diapasão analisa a doutrina:

> O artigo 33 da vigente Lei de Drogas recrudesceu a punição para o tráfico, elevando a pena mínima, que na Lei n.º 6.368/76 era de 3 anos, ao patamar de 5 anos. Percebe-se a nítida intenção de conferir tratamento mais enérgico no tocante à repressão ao tráfico e mais brando no que tange ao usuário/dependente (TÁVORA, FRANÇA E ARAÚJO, 2013, p. 69).

Dessa forma, a vigente Lei n.º 11.343/06 que hoje prevê pena privativa de liberdade de cinco a quinze anos para aqueles que infringirem seus dispositivos, é medida coercitiva mais penosa que a utilizada durante a regência da Lei n.º 6368/76, uma vez que prevê pena mínima superior à que previa a revogada lei, além de prevê pena pecuniária mais onerosa.

3.2 Tráfico Privilegiado

Apesar da Lei n. 11.343/06 ter entrado no ordenamento jurídico com pena mais severa que a Lei n.º 6368/76, veio, em contrapartida e de forma revolucionária, implantar o chamado Tráfico Privilegiado, que nada mais é que um benefício de redução de pena para aqueles que cometerem (ou vierem a cometer) conduta rotulada como tráfico ilícito de entorpecentes.

Com relação a este benefício, vale ressaltar, antes de adentrarmos ao âmago da questão, que muitos doutrinadores discordam da capitulação dada à causa de diminuição de pena criada pela Lei n.º 11.343/06, por considerarem inadequada tal nomenclatura. Senão, vejamos:

> Apesar de muitos se referirem a este dispositivo com a denominação de tráfico privilegiado, tecnicamente não se trata de um privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade. Limitou-se apenas a prever a possibilidade de diminuição da pena de um sexto a dois terços. Logo, não se trata de privilégio mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase do cálculo da pena no sistema trifásico [...] (LIMA, 2014, p. 742)

No entanto, apesar de tal crítica, a referida minorante ainda é conhecida nacionalmente como Tráfico Privilegiado, vigorando, segundo Lima (2014), como um estímulo legislativo aos pequenos traficantes, ainda não envolvidos em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar certo "privilégio", com o escopo de oportunizar uma mais rápida ressocialização.

Voltando ao cerne da discussão, com a novel lei fora acrescido ao artigo 33 o parágrafo 4º que passou a possibilitar aos agentes que praticarem algum delito definido no *caput* do artigo ou em seu parágrafo 1º, a redução de sua pena em uma margem de um sexto a dois terços, dependendo das circunstâncias pessoais de quem queira se beneficiar.

Para usufruir tal vantagem é necessário que o agente preencha alguns requisitos subjetivos, tais como ser infrator primário, sem nenhuma condenação anterior já transitada em julgado, não detenha maus antecedentes e não se dedique à atividades criminosas ou integre organizações deste tipo. *Ipsis litteris*:

> Art. 33[...]
> §4º - Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, **as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa**. *(Grifo nosso)*

Assim, o objetivo da causa de diminuição consiste em adequar a pena dos traficantes a uma situação de menor reprovabilidade, não só em razão das condições pessoais de primariedade e de bons antecedentes do indiciado, como também em razão da forma e gravidade da conduta por este praticado.

Ricardo Andreucci (2013) salienta, ainda, que as duas cláusulas finais negativas devem favorecer o agente, cabendo ao Ministério Público, enquanto titular da ação, o ônus de provar que o mesmo integra organização criminosa ou se dedica às atividades criminosas.

> Quanto ao ônus da prova acerca da presença (ou ausência) dos requisitos previstos no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, é certo dizer que, em virtude da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, incumbe à acusação comprovar a

> impossibilidade da aplicação da referida causa de diminuição de pena [...] (LIMA, 2014, p. 745).

Logo, o agente infrator que provar ser réu primário e de bons antecedentes tem garantido o direito de redução da pena, no patamar de um sexto a dois terços, considerando tratar-se de direito subjetivo, não cabendo ao réu provar a dedicação ou não à atividades e/ou organizações criminosas, sendo tal ônus incumbido à acusação.

Frise-se, que o parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06 dirigiu, expressamente, sua incidência ao crime de tráfico de entorpecentes, tipificado no *caput* do mesmo artigo, bem como as figuras equiparadas em seu parágrafo primeiro, sendo impossível sua aplicação às condutas de uso ou outras não definidas dentre aqueles.

Vale ponderar, ainda, que o instituto do tráfico privilegiado não exclui a possibilidade de outros benefícios processuais, como observa os autores da obra Lei de Drogas:

> O tráfico privilegiado, em razão da quantidade da pena prevista, admite, além dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais, como transação penal e suspensão condicional do processo, a substituição, na sentença, de eventual pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CP) e a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP). (TÁVORA, FRANÇA e ARAÚJO, 2013, p. 94/95).

Observa-se, assim, o caráter benéfico deste novel dispositivo legal, ao passo que, além de fornecer de forma inovadora uma causa especial de diminuição de pena, ainda permite a conciliação com outros benefícios previstos em lei.

4 COMBINAÇÃO DE LEIS E OS CONFLITOS DOUTRINÁRIOS

Foi então com a entrada em vigor da Lei n.º 11.343/06 que o questionamento sobre a possibilidade de conjugação de dois diplomas legais no tempo tomou maiores proporções.

Acirrado impasse passou a ser observado entre os doutrinadores quanto a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena aos apenados julgados pela antiga Lei de Drogas

> Se dúvida não há quanto à incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, aos crimes de tráfico de drogas cometidos à vigência da Lei n. 11.343/06, apresenta-se um pouco mais tormentosa a discussão quanto à possibilidade de aplicação da referida minorante àqueles que foram condenados por fatos análogos praticados sob a égide da Lei n. 6.368/76, sobretudo se aplicada a pena mínima de 3 (três) anos de reclusão (LIMA, 2014, p. 748).

Posto isso, o ordenamento jurídico brasileiro passou a enfrentar constantes debates acerca da possibilidade do tráfico privilegiado se operar sobre a pena fixada com fulcro na Lei nº 6.368/1976, que tinha como patamar mínimo três anos de reclusão, ao contrário da Lei 11.343/2006 que prevê como pena-base o mínimo de cinco anos.

4.1 Corrente Contrária à Combinação das Leis de Drogas

É certo que a legislação criminal brasileira, bem como a própria Constituição Federal de 1988 autorizam a retroatividade de uma lei penal em benefício do réu, bem como a ultratividade de outra com o mesmo fim. No entanto, está longe de ser pacífico o entendimento sobre a possibilidade ou não da combinação de duas normas distintas para abrandar a situação de um agente.

De acordo com os ensinamentos GRECO (2013), parte da doutrina reprova a possibilidade da aplicação de fragmentos de dispositivos legais que forem favoráveis ao agente, pois para estes o julgador estaria criando um terceiro gênero de lei, denominado *lex tertius*, o que lhe seria vedado.

É o caso em que o magistrado, no momento da sentença, decide por utilizar-se, não do dispositivo normativo completo criado e aprovado por meio dos trâmites do Poder Legislativo, mas sim de uma fusão de normas, que, na realidade, torna-se uma nova lei nunca introduzida no ordenamento jurídico.

Para esta corrente, ao usar a cominação de pena prevista em uma lei com a causa de diminuição de pena prevista em outra, o aplicador da lei age quase como quem desrespeita a norma criada pelo legislador, que, em sua devida competência, decidiu propositalmente majorar a pena mínima cominada ao tráfico ao mesmo tempo que incluiu a possibilidade de redução da mesma.

Sob esta lógica, é possível destacar que se o legislador quisesse incidir o benefício do tráfico privilegiado sobre a pena mínima abstrata cominada anteriormente em três anos, assim o teria feito, isto é, teria mantido a sanção legal mínima em três anos, apenas introduzindo o parágrafo 4º ao artigo 33 da nova lei.

NUCCI (2009, p. 105) acrescenta que para esta linha de pensadores juristas, "se houvesse permissão para a combinação de leis, colocar-se-ia em risco a própria legalidade, pois o magistrado estaria criando norma inexistente, por mais que se queira dizer tratar-se de mera integração de leis [...]".

Corroborando com essa ideia, argumenta Aníbal Bruno:

> [...] mas não é lícito tomarem-se na decisão elementos de leis diversas. Não se pode fazer uma combinação de leis de modo a tomar de cada uma delas o que pareça mais benigno. A lei considerada mais benévola será aplicada em sua totalidade. Note-se que se trata exclusivamente de aplicar uma ou outra das leis existentes, no seu integral conteúdo, não sendo lícito ao juiz compor, por assim dizer, uma lei nova com os elementos mais favoráveis das que realmente existem (BRUNO, 2009, p. 263-264).

Seguindo esta linha pode-se afirmar então que todo o conteúdo normativo da Lei 11.343/2006 foi cuidadosamente pensado para estar harmoniosamente correlacionado, devendo ser extraído seu sentido a partir de uma análise integrada de todos os seus dispositivos, e não com a conjugação de pedaços da lei com dispositivos de outra norma.

Ademais, escreve, ainda, sobre o tema, André Estefam, outro seguidor deste raciocínio:

> Os opositores dessa tese objetam que o magistrado estaria agindo como legislador, criando uma nova lei. Para nós, não se deveria admitir tal combinação, que subjuga o espírito normativo constante da nova lei. A cisão legislativa, muito embora calcada em sólido argumento (isto é, a extra-atividade benéfica), rompe com a unidade e harmonia que deve conter um diploma legislativo. (ESTEFAM, 2012, p. 145)

Dessa forma, a corrente contrária a combinação das Leis de Drogas aponta no sentido de aplicar o Tráfico Privilegiado tão somente em relação à pena prevista na norma regente, qual seja a pena de cinco a quinze anos prevista no caput do art. 33 da Lei nº 11.343/06, sob pena de indevida simbiose legislativa.

4.2 Corrente Favorável à Combinação das Leis de Drogas

Com o debate acerca da combinação entre o benefício de redução da pena do art. 33, §4°, da Lei n.º 11.343/06 e a pena cominada no art. 12, da Lei n.º 6.368/76, surgiu no ordenamento brasileiro outra divisão doutrinária, divergindo daquela que era contra essa fusão normativa.

Nesse caso, apesar do posicionamento majoritário da corrente doutrinária que entende pela impossibilidade de utilização de leis de forma simultânea, fenômeno este visto por aqueles como a criação de um terceiro gênero de lei, não se pode olvidar da existência de uma grande movimentação positiva por aqueles que concordam com o fenômeno da cisão de leis no tempo.

Esta corrente, por sua vez, passou a defender a viabilidade de agregar-se duas leis penais no tempo, de modo a utilizar apenas a parte mais benéfica de cada uma delas em proveito do réu. Tal possibilidade surgiu sob o argumento de que se o julgador pode aplicar a totalidade de uma ou outra lei para beneficiar o réu, pode também aplicar parte de uma e parte outra para o mesmo fim.

A corrente favorável à combinação de leis surgiu, sobretudo, sob o argumento de que pelo comando constitucional inserto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, a retroatividade da Lei 11.343/2006 seria inarredável, devendo o benefício de redução incidir, portanto, sobre a pena do artigo 12 da Lei n.º 6.368/76, sem que com isso surgisse uma terceira

lei (CAPEZ, 2012).

Rogério Greco, um dos mais renomados penalistas do Brasil, é um dos que se levanta favoravelmente acerca do tema:

> Entendemos que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais da ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a lei anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na lei posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o beneficiem, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados, a exemplo do que ocorreu com as Leis nº 6.368/76 e nº 11.343/2006 [...]" (GRECO, 2013, p. 116).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Távora, França e Araújo (2013), escudam que não há problema aos que admitem a combinação das normas, bastando utilizar, no tratamento do tráfico ocorrido à vigência da Lei nº 6.368/76, o antigo patamar da pena mínima e retroagir, do novo diploma legal, apenas a causa de diminuição.

Desse modo, não se pode olvidar que mesmo com a intensa repulsa da maioria dos doutrinadores do Direito em relação à aplicação da Lei n.º 11.343/06 sobre os casos regidos pela revogada Lei n. 6.368/78, há quem sustente que a esses crimes deve-se aplicar a pena mais interessante ao réu, ou seja, a cominada na antiga Lei de Drogas, conjuntamente com a causa de diminuição da nova lei, desde que preenchidas todas as condições legais.

4.3 Saída Adotada por Nélson Hungria

Ainda sobre a discussão, Nélson Hungria, apartando-se das duas principais correntes, sugeriu alternativa diversa à conjugação de leis, qual seja a oitiva da opinião do réu sobre o conflito de normas. Assim, sugere o renomado doutrinador ser tal caminho "mais racional, pois ninguém melhor do que o réu para conhecer as disposições que lhe são mais benéficas" (1958, p. 125/126).

Para este, se duas normas diversas possuírem dispositivos que de alguma forma favoreçam o agente, nada mais correto que disponibilizar a este a opção de escolher por qual lei deseja ser julgado, ou seja, qual benefício este prefere que lhe seja concedido, o previsto na lei revogada ou o disposto da lei revogadora.

Segundo André Estefam:

> Como regra, não haverá qualquer problema em detectar, entre duas leis que se sucedem no tempo, qual a mais benéfica. Podem ocorrer, todavia, situações duvidosas. O que é mais benéfico ao réu, uma lei que permite o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto ou outra que autoriza o livramento condicional a este fato, se antes era-lhe negado? (ESTEFAM, 2012, p. 145).

Interessante ressaltar que o quase solitário seguidor desta corrente, Nélson Hungria,

encontrou respaldo para tal entendimento no Código Penal Mexicano de 1871 e Espanhol de 1928, que assim dispunham: "*en caso de duda sobre la ley más favorable deberá ser oído el reo*" (1871 e 1928, *apud* HUNGRIA, 1958).

Nesse sentido, em tradução ao trecho supracitado, verifica-se que as legislações criminais supracitadas, as quais deram origem ao seguimento doutrinário de Hungria, entendem que em caso de dúvida entre qual lei usar para julgamento do agente, a melhor solução mesmo é ouvir o próprio interessado, devidamente assistido por seu advogado, a fim de que faça a escolha daquela que, segundo as particularidades do caso concreto, lhe seja mais favorável.

Seguindo esta linha, Mirabete (2005, p. 67) sustenta: "Não parece absurdo que se permita ao defensor do réu ou condenado escolher aquela que mais convier a este quando, havendo conflito, somente o interessado possa aquilatar o que mais o beneficia".

Deste modo, para essa pequena, porém criativa linha de pensadores, se o juiz ficar com a invencível dúvida acerca de qual lei deva ser aplicada, nada impede que o mesmo possa ouvir o réu, acompanhado da consultoria técnica-jurídica de seu causídico, sobre o que lhe seria mais proveitoso no caso concreto.

5. REPERCUSSÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

Consoante explanado alhures, não existe consenso doutrinário acerca da viabilidade de cumulação das partes benéficas das duas leis objeto de estudo (Lei n.º 11.343/06 e Lei n.º 6.368/76).

Diferentemente não pode-se dizer quanto à posição jurisprudencial pátria, na qual reside idêntica divergência encontrada na doutrina, pois parece não encontrar concordância plena e pacífica nos julgados das mais altas cortes do judiciário brasileiro.

Nesse dilema se encontram os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

5.1. Confronto de Entendimentos Jurisprudenciais nos Tribunais Superiores

Não obstante à pluralidade de posicionamentos doutrinários acerca da possibilidade e legalidade da aplicação do benefício da redução de pena nos crimes de tráfico de drogas à fatos julgados sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a qual previa pena mínima mais branda que a lei criadora do instituto do Tráfico Privilegiado (nº 11.343/06), há, ainda, uma vasta divergência verificada entre as Turmas Julgadoras dos Tribunais Superiores Brasileiros.

Digo isso na medida em que, desde a criação da vigente Lei de Tóxicos, foi possível verificar julgados a favor da fusão de dispositivos normativos para aplicação em casos concretos, bem como decisões contrárias à combinação de leis no tempo, tudo em um mesmo Tribunal.

Para algumas Turmas e seus respectivos membros, o entendimento era de se conceder a retroatividade do benefício do tráfico privilegiado a apenados que tiveram sua pena-base calculada sobre o *quantum* da pena privativa de liberdade cominada na revogada Lei n.º 6.368/76, ou seja, quando ainda previa-se a pena mínima de três anos.

À esse exemplo, reconhecendo a possibilidade de combinação de leis, decidiu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> AÇÃO PENAL. Condenação. Pena. Privativa de liberdade. Prisão. **Causa de diminuição prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Cálculo sobre a pena cominada no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76, e já definida em concreto. Admissibilidade. Criação jurisdicional de terceira norma. Não ocorrência.** Nova valoração da conduta do chamado "pequeno traficante". Retroatividade da lei mais benéfica. HC concedido. Voto vencido da Min. Ellen Gracie, Relatora original. Inteligência do art. 5º, XL, da CF. **A causa de diminuição de pena prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, mais benigna, pode ser aplicada sobre a pena fixada com base no disposto no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76.**
> (STF - HC: 95435/RS; Relatora: ELLEN GRACIE, Segunda Turma, Data de Julgamento: 21/10/2008, DJe 07/11/2008) *(Grifo nosso)*

Em contrapartida, seguindo a corrente repressiva à conjugação temporal de normas, é possível encontrar acórdãos, ainda entre julgados do Supremo Tribunal Federal, com linha de pensamento antagônica ao julgado supracitado.

> Corroborando com o que foi dito, vejamos acórdão publicado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual é possível vislumbrar a diversidade de entendimentos entre as Turmas do mesmo Tribunal: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART.33, § 4º, DA LEI 11.343/06 AOS CRIMES COMETIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI6.368/76. IMPOSSIBILIDADE.** PRECEDENTES. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGA E APREENSÃO DE OBJETOS RELACIONADOS AO TRÁFICO: POSSIBILIDADE. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. **O entendimento deste Supremo Tribunal é no sentido de que não é possível aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico dessas legislações. Precedentes.**
> 2. Não há ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso considerando-se o acentuado grau de reprovabilidade da conduta, não havendo, portanto, como se reconhecer o constrangimento, notadamente quando existem nos autos elementos concretos, e não meras conjecturas, que apontam a quantidade de droga e a apreensão de "inúmeros objetos utilizados para o tráfico" como circunstâncias suficientes para elevação da pena-base com fundamento na culpabilidade. Precedentes.
> 3. Recurso ao qual se nega provimento.
> (STF – RHC: 101278/RJ; Relatora: Ministra CARMEM LUCIA, Primeira Turma.

Data de Julgamento: 27/04/2010. DJe 21/05/2010.) *(Grifo da autora)*

Destarte, há Turmas Julgadoras que, divergindo de suas "vizinhas", optam por não retroagir a causa de diminuição de pena criada pela Lei n.º 11.343/06 aos crimes cometidos e julgados na vigência da Lei n.º 6.368/76, por entenderem, assim como a maioria dos doutrinadores, que agindo dessa forma o magistrado estaria inovando no campo legislativo.

Ainda sobre o tema, é possível notar que, a exemplo do que ocorreu entre as Turmas Julgadoras do Supremo Tribunal Federal, os membros do Superior Tribunal de Justiça também divergiam sobre a matéria. Isso porque também existiam pensamentos diversos entre as Turmas acerca da fusão temporal de normas.

A favor da combinação de leis, assim julgou a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, *ipsis litteris*:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. POSSIBILIDADE.** PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ABRANDAMENTO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃOPOR RESTRITIVA DE DIREITOS. DEFERIMENTO.
> 1. **A combinação de leis - extração de dispositivos mais benéficos de uma e de outra lei - se compatibiliza com o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica.** Precedentes do STJ e STF.
> 2. No caso, **embora condenado por tráfico de drogas cometido sob a égide da Lei nº 6.368/76, o paciente preenche os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fazendo jus à causa de diminuição ali descrita.**
> 3. Considerando que a pena-base foi estabelecida no piso legal e a ausência de circunstâncias desfavoráveis, é viável o deferimento da minorante que, no caso, deve ser aplicada em seu grau mínimo em razão da quantidade da droga apreendida.
> 4. Pelas mesmas balizas, é possível o abrandamento do regime prisional e a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos.
> 5. Ordem concedida.
> (STJ - HC: 81028/SP; Relatora: MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, Data de Julgamento: 10/06/2010, DJe 28/02/2011) *(Grifo da autora)*

Por outro lado, julgando a *contrario sensu*, a mesma Turma decidiu negativamente em outro momento:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇAO DA MINORANTE PREVISTA NO 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇAO DE LEIS.** PRINCÍPIO DA EXTRA-ATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA.
> 1. **A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pontificou** no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.094.499/MG**, ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (antiga lei de drogas)**.
> 2. Frise-se que não fica afastada, no caso concreto, a possibilidade de incidência da referida minorante à pena cominada no art. 33 da Lei nº 11.343/06, desde que tal operação seja mais favorável ao réu. Dessa maneira, conferir-se-ia aplicabilidade ao princípio da retroatividade da Lei Penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL) sem malferir-

> se o princípio da separação dos poderes, que veda ao Judiciário o exercício da função legiferante típica.
> 3. Ordem denegada. Habeas corpus concedido de ofício a fim de determinar que o Juiz das Execuções Criminais verifique, no caso concreto desde que mais favorável ao paciente, a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do 4º do art.33 da Lei nº 11.343/06, observadas as balizas contidas no preceito secundário do referido artigo.
> (STJ – HC: 101938/SP; Relator: Min. OG FERNANDES, Sexta Turma, Data de Julgamento: 03/05/2011, DJe 16/05/2011) *(Grifo da autora)*

Note-se que os magistrados divergiram por muito tempo, dentro de uma mesma casa, ou em casas vizinhas, acerca da problemática, uma vez que retroagir uma lei mais benéfica era entendimento pacífico, mas permitir a mescla de dispositivos legais diferentes não era conclusão unânime.

5.2 Pacificação Jurisprudencial Sumulada

Com o passar dos anos passou-se a ter uma grande inconstância jurídica entre os julgados singulares e colegiados do Poder Judiciário Brasileiro. Enquanto alguns condenados logravam êxito em ver sua pena reduzida pela retroatividade do instituto do tráfico privilegiado, a outros era vedada tal possibilidade.

Foi a partir de então que o Superior Tribunal de Justiça viu-se sob a inevitável necessidade de editar um verbete sumular com o objetivo de pôr fim à essa controvérsia. Dessa carência normativa originou-se o verbete da Súmula n.º 501, editada pelo Egrégio Tribunal Cidadão, a saber:

> Súmula nº 501, STJ - **É cabível a aplicação retroativa** da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições**, na íntegra**, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo **vedada a combinação de leis** (STJ, 2013). (Grifo nosso)

Dessa forma, consoante o entendimento de Rogério Sanches (2014), prevaleceu à acepção de que é impossível mesclar dispositivos mais favoráveis da atual lei com as vantagens da lei antiga, vencendo, assim, a tese de que agindo deste modo, o juiz estaria inovando no campo jurídico, ou seja, criando uma nova norma.

Outrossim, em recente julgado, exarado em novembro de 2019, o Superior Tribunal de Justiça reiterou o entendimento já sumulado de que não é possível a combinação entre a Lei nº 6.368/1976 e a Lei nº 11.343/2006, conforme decisão monocrática do Ministro Leopoldo de Arruda Raposo no Recurso Especial nº 1.845.021/MS (2019/0319720-5).

6. CONCLUSÃO

Através de uma interessante jornada doutrinária, a demonstração de diversas linhas de pensamentos entre os mais renomados juristas brasileiros possibilitou a análise e comparação das justificativas lógicas-forenses das correntes doutrinárias apresentadas.

Apesar dos mais diversos pensamentos juristas, o princípio penal da extratividade e suas subespécies, a retroatividade e a ultratividade da norma criminal mais benigna, são inquestionáveis, estrelando como protagonista da celeuma a possibilidade, ou não, da combinação de leis penais no tempo, sobretudo quando relacionada com o confronto entre a revogada Lei de Tóxicos n. 6.368/76 e a atual norma de regência n.º 11.343/06.

Destrinchando as decisões colegiadas dos Tribunais Superiores - Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça - corroborou-se a tese de inconsistência entre as posições adotadas no ordenamento jurídico brasileiro, tornando necessária a edição da Súmula n.º 501-STJ para pacificar o entendimento de impossibilidade de combinação de leis.

Após a pacificação jurisprudencial sumulada pairou entendimento pacífico nos últimos julgados das Cortes Superiores, sem, contudo, minorar a estima quanto ao conhecimento da origem das discussões que levaram o Poder Judiciário a editar a referida súmula, de forma a compreender os argumentos de cada corrente de pensadores e entender a justificativa de se impossibilitar a combinação de leis penais no tempo.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação penal especial. 9 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 21 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2015.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940: Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília/DF. Seção 1, p. 23911.

BRASIL. Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Seção 1, p. 02.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 46083/GO. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília/DF, 2007, p. 268.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 81028/SP, 6ª Turma. Relatora: Ministra Maria Tereza de Assis Moura. Brasília/DF, 10 jun 2010. DJe 28/02/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 101938/SP, 6ª Turma. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília/DF, 3 de maio de 2011. DJe 16/05/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 501. Terceira Seção. Brasília/DF, 23/10/2013. DJe 28/10/2013. RSTJ vol. 232, pg. 749.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 95435/RS, 2ª Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília/DF, 21 out 2008. DJe 07/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário Habeas Corpus nº 101278/RJ, 1ª Turma. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Brasília/DF, 27 abr 2010. DJe 21/05/2010.

BRUNO, Aníbal. Direito penal. Editora Nacional de Direito, 1956. v. 1, tomo 1. DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação penal especial. 7 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André. Direito Penal I: parte geral. 2 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. 2 ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais Ltda, 2006.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 15 ed. Rio de Janeiro/RJ: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 7 ed. Rio de Janeiro/RJ: Impetus, 2013.

HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. 4ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 1958.

JESUS, Damásio de. Direito Penal: 1º volume - parte geral. 23 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 2 ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: parte geral. 22 ed. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral; parte especial. 6 ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais Ltda, 2009.

SOUZA, Luiz Antônio de. Coleção OAB Nacional: primeira fase, 4; direito penal. 3 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2010.

TÁVORA, Nestor; FRANÇA, Bruno Henrique Principe; ARAÚJO, Fábio Roque. Lei de Drogas: Lei nº 11.343 de 23.08.2006. 2 ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2014.