Nova lei de tóxicos: causa de diminuição de pena aplicável retroativamente?

Plínio Antônio Britto Gentil [06/05/2007] – www.paranaonline.com.br

Introdução

A entrada em vigor da Lei n.º 11.343/06 trouxe, dentre outras novidades, uma causa de redução de pena para autores de tráfico ou delitos a ele equiparados, previstos no seu artigo 33, aplicável se o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Essa circunstância minorante naturalmente constitui um benefício para o réu e, por isso, acende a discussão sobre sua aplicabilidade aos casos regidos pelo artigo 12 da Lei n.º 6368/76, já que, por princípio constitucional, a nova lei mais benéfica deve ser aplicada retroativamente.

No entanto a possível adoção do novo dispositivo legal parece assunto de difícil solução. Avultam em torno dele o problema da combinação de partes de duas leis diferentes e a dificuldade em determinar qual das duas normas - a antiga ou a nova - é a mais favorável ao réu. Esse é o tema que o presente trabalho procurará enfrentar, ficando consignado, de antemão, que se trata de questão que tende a permanecer aberta, até que o necessário tempo de maturação sedimente uma doutrina e jurisprudência que permitam lidar mais facilmente com ela.

1. A diminuição da pena e sua possível aplicação retroativa

O parágrafo 4.º do artigo 33 da nova Lei de Tóxicos (Lei n.º 11.343/06) introduziu causa de diminuição de pena para autores de crimes de tráfico de entorpecentes, definido no "caput", e de matéria prima destinada à preparação de drogas, previsto no parágrafo primeiro.

Os referidos dispositivos incriminadores definem o crime de tráfico, em diversas modalidades, estipulando para eles pena mínima de cinco anos de reclusão, praticamente da forma como estes eram previstos no artigo 12, "caput", e parágrafo 1.º da Lei n.º 6368/76, que por trinta anos regeu o tema no direito criminal brasileiro e que adotava um tratamento penal mais brando ao criminoso, na medida em que a pena mínima de reclusão para esses delitos era de três anos.

A introdução pela nova lei daquela causa de redução de pena, entretanto, tem produzido discussões acerca de sua aplicabilidade aos casos ainda regidos pela lei antiga, que por ora são a maioria, considerando a ultratividade do velho diploma, dada a resposta penal mais benigna que contém, ao menos no que toca à pena privativa de liberdade (cujo limite mínimo é inferior ao da nova lei).

A questão central é a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena na hipótese de crimes de tráfico cometidos na vigência da lei anterior, que previa pena reclusiva mínima de três anos de reclusão. Eventual conclusão afirmativa leva à possível fixação de uma pena de um ano de reclusão ao traficante (três anos menos dois terços), beneficiado pela ultratividade da lei penal mais benigna.

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais tangencia o tema, parecendo admitir essa aplicação. Como consta da ementa,

A causa especial de diminuição de pena contida no artigo 33, § 4.º da Lei 11.343/2006, mais benéfica aos acusados pela prática do delito descrito no artigo 12 da Lei 6.368/1976, somente se aplica ao agente primário e possuidor de bons antecedentes, desde que não se dedique ou integre atividades ou organizações criminosas.(1)

O assunto, entretanto, está longe de ter fácil solução.

Em defesa da aplicabilidade da inovação, representada pelo parágrafo 1.º da Lei n.º 11.343/06, se levantam vozes que se apóiam na retroatividade da lei penal mais benéfica, invocando a vigência dos artigos 2.º do Código Penal e 5.º, XL, da Constituição Federal. A nova norma seria aplicável aos casos em curso, regidos pela Lei n.º 6368/76, simplesmente porque, em se tratando de dispositivo de natureza penal e mais benigno, é obrigatoriamente retroativo. De tal sorte, o réu condenado estaria sujeito a uma pena privativa de liberdade cujo mínimo é de três anos e ainda poderia ter o castigo reduzido em até dois terços.

2. A natureza penal do novo dispositivo e seu caráter mais benéfico

É, de fato, indiscutível o caráter penal do parágrafo 1.º da Lei n.º 11.343/06. Trata ele de regra de aplicação de pena, assunto de que cuida o Código Penal num de seus títulos. Ademais, o que quer que se refira a dosagem de pena configura inequívoca incursão nos domínios do Direito Criminal, ciência que se estrutura toda sobre dois eixos fundamentais: o crime e a pena, não cabendo falar na segunda sem o primeiro. Daí que a própria opção pela nomenclatura Direito Penal, ou Direito Criminal, deixa entrever os dois pilares básicos de todo o sistema desse ramo do saber.

Ora, é também inequívoco que a norma de caráter penal mais benéfica sempre retroage. Aqui é a precedência do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, conquista da civilização assentada na conclusão de que a lei mais nova há de representar uma evolução sobre a mais antiga e que, por uma questão de humanidade, essa melhora deve ser usufruída pelo réu, parte sempre mais fraca no confronto com o Estado, especialmente no trato de procedimentos criminais.

Lei penal mais favorável ao acusado assim o é, no dizer de HUNGRIA, "não só quando elimina a incriminação de um fato, como quando, de qualquer modo, beneficia o réu." Na esteira de tal raciocínio é impossível fugir à constatação de que a introdução de uma causa de redução de pena, antes inexistente, constitui um tratamento penal mais benéfico ao acusado de crime. Aliás, cuida-se de exemplo que o mesmo autor elenca ao estabelecer as hipóteses de retroatividade, ao comentar o artigo 2.º, parágrafo único, da velha Parte Geral do Código Penal Brasileiro.

Vista a questão por esse ângulo, parece razoável sustentar a aplicabilidade do novo dispositivo aos casos em curso, mesmo que regidos pela Lei n.º 6368/76.

3. O dispositivo mais benéfico no contexto do artigo 33

Ocorre, entretanto, que a mencionada causa de redução de pena não chega, por si só, a ser uma norma. Ela, na verdade, está contida numa norma, que é o artigo 33 da nova Lei de Tóxicos, da qual é parte, juntamente com outros dispositivos que, por sua vez, nada têm de mais benignos. Um deles é o que fixa a pena privativa de liberdade para os autores dos delitos que define num mínimo de cinco anos. Outro é o que, para os mesmos crimes, atribui pena pecuniária mínima de quinhentos dias-multa. Ora, todos estes são comandos do mesmo artigo 33, os quais, em conjunto com os demais dispositivos nele contidos, formam, aí sim, uma norma.

Uma norma em que esses comandos todos têm de conviver em harmonia e ser aplicados em conjunto aos casos concretos, sob pena de se estar, ao contrário, aplicando a norma de modo incompleto, o que conduz a uma contradição entre os elementos componentes dessa norma.

A lei é uma ordenação da razão, no dizer de São Tomás de Aquino(2), e é preciso convir que essa ordenação racional se estende da forma ao conteúdo da norma, de sorte que a sua aplicação não poderá configurar uma incoerência, representada pela justaposição desordenada de comandos fruto de normas diferentes, que se excluem entre si. Não é por acaso que constitui princípio basilar da hermenêutica o não poder a interpretação da norma conduzir ao absurdo.

Ora, se uma norma de caráter penal possui comandos mais favoráveis ao réu, dentre outros menos favoráveis, uns somente podem ser aplicados se também o forem os outros, considerando que todos reunidos é que compõem a norma. Esta perderia sua natureza de ordenação racional se apenas alguns dos comandos pudessem ser pinçados para serem aplicados em conjunto com outros provenientes de normas diferentes.

Uma interpretação que sustentasse tal possibilidade estaria completamente divorciada daquilo que caracteriza a boa hermenêutica, que recomenda ao intérprete, ante a dúvida, escolher aquilo que na lei seja mais "lógico, verossímil, de maior utilidade prática e mais em harmonia com a lei em conjunto [...]".(3)

Pois bem. Justamente aí é que o tema da interpretação encontra a questão da aplicabilidade do parágrafo 4.º do citado artigo 33 da Lei n.º 11.343/06. Como visto, o conteúdo desse parágrafo introduz causa de diminuição de pena privativa de liberdade, até então inexistente. Mas ele configura um dispositivo que existe na mesma norma que também contém comandos representativos de um tratamento penal mais severo, como o que estipula pena reclusiva mínima de cinco anos e pecuniária mínima de quinhentos dias-multa, situados em outros trechos do mesmo artigo 33.

Claro que a norma representada pelo artigo 33 somente constituirá uma ordenação racional se for aplicada na sua inteireza, vale dizer, se forem aplicados conjuntamente todos os seus dispositivos, sem exceção de nenhum. Isso porque a norma foi elaborada de forma que se combinassem todos os seus comandos, de tal modo que um perderia o sentido se não houvesse também os outros. O inverso

negaria a racionalidade da norma, tão bem vislumbrada por São Tomás como sua primeira característica.

4. A inconveniência de cindir normas para criação de uma terceira

Não é fruto da melhor interpretação nem da melhor técnica a montagem de uma nova norma com pedaços de outras.

Bem por isso o magistério de HUNGRIA no sentido de que

[...] cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os 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. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis.(4)

É oportuno notar que na legislação penal militar tal solução foi positivada, conforme se vê do disposto no parágrafo 2.º do artigo 2.º do Código Penal Militar, que tem a seguinte redação: "Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato.

O assunto, como não poderia deixar de ser, chegou aos tribunais e são vistas decisões numa e noutra direção, ora reconhecendo a minorante sobre a pena cominada pelo artigo 12 da lei anterior, ora afastando expressamente essa possibilidade. Nesse último sentido é notável a objetividade de acórdão proferido pela Sexta Câmara do Terceiro Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de onde vale conferir a seguinte passagem:

A interpretação deve ser feita de forma sistemática, dentro daquilo que pretendeu o legislador com o aumento da pena mínima: facultar sua redução, apenas e tão-somente para os crimes previstos no caput e parágrafo primeiro do artigo 33, em casos específicos e desde que justificadamente.

Por outro lado, o sistema jurídico brasileiro não permite a aplicação cindida de leis, sendo que, num eventual conflito aparente de normas, impossível selecionar apenas os aspectos mais benéficos de uma e de outra, hipótese em que o intérprete estaria, em verdade, criando novo texto de lei.(5)

Muito bem. Então o artigo 33 não pode ser aplicado parcialmente, pois isso desconfiguraria a norma jurídica em sua racionalidade e o juiz assim estaria criando nova norma, mister para o que lhe falta atribuição constitucional.

Não se alegue que sua função de intérprete lhe facultaria isso. Interpretar significa fixar sentido e alcance à norma, para o que o julgador pode e deve observar sua inserção na realidade e sua coerência em relação à cultura jurídica da sociedade em questão. É verdade que nessa tarefa poderá mesmo, excepcionalmente, operar uma interpretação contra legem. Mas jamais terá licença para extrair os conteúdos que mais aprecie de duas normas diversas e tentar combiná-los à completa revelia do conjunto de comandos normativos que constituem uma das normas.

Essa espécie de interpretação mostra-se injustificável posto que a combinação pretendida dificilmente se ajustará ao objetivo de qualquer das normas. Estas, mutiladas de um determinado comando e enxertadas de outro, já nenhuma relação mais guardarão com a norma original. Daí tal interpretação significar muito mais que algo contra legem - o que, repita-se, é aceitável em certos casos -, situando-se no terreno de um inaceitável laissez faire jurídico, injustificável mesmo ante os mais amplos postulados da cultura jurídica vigente, que naturalmente vê no direito um sistema lógico. Toda essa lógica necessária e esperada do sistema jurídico estaria comprometida até mesmo por uma possível violação do próprio princípio da legalidade, esteio do Direito Penal pós-iluminista. Essa vertente foi explorada e se converteu em fundamento de decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a seguinte ementa:

A combinação das normas penais da Lei 6.368/76 com os dispositivos benéficos da Lei 11.343/06 produziria uma lei híbrida, que abertamente violaria o princípio da reserva legal. De mais a mais, a política criminal orientadora da nova mensagem legislativa visou ao recrudescimento da repressão ao tráfico de drogas, tornando inviável a aplicação do novel Diploma aos fatos praticados na vigência da legislação anterior.(6)

5. Inaplicabilidade do novo dispositivo não é pacífica

A breve análise da tendência dos tribunais revela portanto uma inclinação da jurisprudência para não admitir a conjugação do trecho da Lei n.º 11.343/06 que institui uma causa de diminuição de pena com o artigo 12 da Lei n.º 6368/76, na parte em que comina penas ao crime de tráfico. Seja porque uma norma assim híbrida configuraria criação de novo direito, com violação do tão caro princípio da legalidade, seja porque a montagem de uma norma com fragmentos de outras revela uma interpretação do direito positivo que afronta a lógica e a ordenação inerentes ao sistema jurídico como algo racional.

Não parece entretanto pensar assim MIRABETE, que, naturalmente sem se referir à nova Lei de Tóxicos, aceita a junção de duas normas para beneficiar o réu. Para ele, que faz menção a Frederico Marques, Magalhães Noronha e Basileu Garcia,

[...] A melhor solução, porém, á a de que pode haver combinação das duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos.

A conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra lei, como também com a combinação de partes de dispositivos da lei anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido a julgador a aplicação de uma "terceira lei" (formada por parte de duas), essa orientação se afigura mais aceitável, considerando-se que o sentido da Constituição é de que se aplique sempre a norma mais favorável. Se lhe está afeto escolher o "todo" para que o réu tenha tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepairar a pruridos de Lógica Formal.(7)

Mas há outro ponto a considerar. A prevalecer o entendimento contrário à conjugação das leis, por ora dominante, mas nada pacífico, as duas normas - artigo

12 da Lei n.º 6368/76 e artigo 33, parágrafo 4.º, da Lei n. 11.343/06 serão aplicadas por inteiro aos fatos ocorridos sob a vigência de cada uma delas. Isto porque tempus regit actum e também porque elas não poderiam ser aplicadas pela metade, ou combinadas.

O fato de não poderem ser misturadas não afasta, porém, como é claro, o princípio (constitucional) de que a nova lei mais benigna deve retroagir.

6. Como determinar qual a norma mais benigna?

E qual a norma mais favorável ao réu: a do artigo 12 da antiga Lei de Tóxicos, ou o artigo 33 da nova? Tudo está a indicar que seja a da velha lei, que comina pena mínima de três anos de reclusão, enquanto a nova prevê um mínimo de cinco anos de reclusão e estabelece multa mínima de quinhentos dias.

Mas e se for caso de aplicação do citado artigo 33 em combinação com o seu parágrafo 4.º? Aí, se a pena de cinco anos for reduzida para menos de três anos, a nova lei passa a ser a mais benéfica ao acusado excluída, é claro, a questão da multa.

Nessa hipótese, então, teria cabimento aplicar retroativamente o artigo 33 todo - da Lei n.º 11.343/06 aos fatos cometidos antes de sua vigência? A resposta há de ser afirmativa, dado que ela é, inequivocamente, dentre as duas normas possíveis, a mais favorável ao réu, já que lhe possibilita ser apenado com cinco anos de reclusão menos dois terços, cálculo que conduziria a menos que os três anos previstos pelo artigo 12 da Lei n. 6368/76.

E como saber se será caso de reconhecer a incidência do parágrafo 4º e como ainda evitar que fatos da mesma espécie possam ser regidos por duas normas diferentes?

Para a primeira questão a resposta é que caberá ao juiz, examinando cada caso concreto, decidir se o réu, por sua condição pessoal, preenche os requisitos postos pelo citado parágrafo 4.º e assim faz jus à causa de redução de pena. Se a conclusão for afirmativa e levar a uma pena reclusiva inferior a três anos, deverá optar pela nova lei, em atenção ao disposto no artigo 5.º, XL, da Constituição. Nesse caso parece claro que o julgador fará uma projeção antecipada da dosimetria, que lhe permitirá calcular a pena antes de decidir por qual lei optará, circunstância na qual não há razão para ver qualquer problema.

No que toca à permanência de dois diplomas diversos um revogado, outro vigente a disciplinar fatos assemelhados, trata-se de um conflito de normas no tempo, com o qual o sistema jurídico positivo convive bem e resolve justamente através do princípio, tornado regra, da retroatividade da lei mais benigna já se tendo visto que não é sem dificuldades que se determina qual é a lei mais benigna, inexistindo, por outro lado, inconveniente em que tal determinação se faça caso a caso e não como regra geral. Com essa determinação casuística do que seja a lei mais favorável concorda MIRABETE, que, reportando-se a HUNGRIA, assim leciona:

É praticamente impossível determinar todas as regras teóricas que devem ser utilizadas na apuração da lei mais favorável entre aquelas postas ao intérprete.

Assim, tem-se entendido que somente diante do caso concreto, com a aplicação hipotética das duas leis em confronto, se poderá escolher a mais benigna. Há sugestões, inclusive, no sentido de se deixar ao interessado a escolha da lei que mais lhe convém quando surgir uma dúvida no conflito intertemporal da lei penal.(8)

7. Aumento da pena de multa desnatura o caráter mais benéfico do novo dispositivo?

Resta a questão da pena pecuniária, que na Lei n.º 11.343/06 é no mínimo de quinhentos dias patamar sensivelmente superior ao adotado pelo artigo 12 da Lei n.º 6368/76, que o estabelecia em cinqüenta dias.

Tomando por premissa que a norma, anterior ou posterior, só poderá ser aplicada por inteiro, a profunda diferença para maior da multa cominada pela nova lei (art. 33) não a torna mais gravosa para o réu do que a lei antiga (art. 12)?

Depende. Se a análise do caso concreto não indicar o reconhecimento da causa de diminuição de pena definida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, ou se, mesmo com esse reconhecimento, a pena de alguma forma resultar maior que a aplicável com base no artigo 12 da Lei n.º 6368/76, então o citado artigo 33 representará, sem sombra de dúvida, uma norma mais severa para o réu e assim deverá ser rejeitada no seu todo. Mas se for caso de aplicar a redução de pena do parágrafo 4.º e esta ficar aquém da que seria imposta com base na lei anterior, então a lei nova será considerada a mais benéfica, pelo menos no que diz respeito à pena privativa de liberdade.

Pode a multa maior anular essa benignidade resultante da aplicação da nova lei? Quer parecer que não. Uma, porque os bens em jogo são, de um lado a liberdade e de outro, o patrimônio, havendo-se de dar maior importância à primeira. Outra, porque a multa, ao contrário da pena de prisão, pode ser quitada em parcelas, a teor do disposto no artigo 50 do Código Penal, de aplicação subsidiária aos casos disciplinados por leis extravagantes com as quais não for incompatível (art. 12). Outra ainda, porque, eventualmente não paga, nunca se converterá em privação de liberdade, graças à nova redação do artigo 51 do Código Penal, mas em dívida de valor, exeqüível na forma utilizada pela fazenda pública para haver seus créditos. A possível inexistência de patrimônio a garantir o débito resultará, na prática, apenas no inadimplemento de uma obrigação civil.

Se, de qualquer modo, persistir alguma dúvida acerca da determinação da lei mais benigna, ainda restará, por fim, a análise do caso concreto e, se necessário, o recurso extremo da consulta ao defensor do acusado sobre a norma que seja mais conveniente a este, adotando-se a solução preconizada por MIRABETE, de novo lembrando HUNGRIA, no sentido de que Não parece absurdo que se permita ao defensor do réu ou condenado escolher aquela [lei] que mais convier a este quando, havendo conflito, somente o interessado possa aquilatar o que mais o beneficia.(9)

Conclusão

De tudo, é possível enfim concluir que:

1. O parágrafo 4.º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, ao trazer causa de diminuição de pena para o autor dos crimes de tráfico e equiparados, constitui dispositivo mais benéfico ao réu;

2. Cuida-se de dispositivo de natureza penal, surgindo daí a discussão sobre sua aplicabilidade retroativa;

3. Tal dispositivo é, na verdade, apenas parte de uma norma, que é o artigo 33 da Lei n.º 11.343/06;

4. Setores da doutrina e da jurisprudência admitem a aplicação desse novo dispositivo em combinação com o artigo 12 da Lei n.º 6368/76, em atenção ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna;

5. Outros, ao revés, não aceitam a conjugação de duas normas, pois isso resultaria na criação de uma terceira norma, o que não é dado ao juiz fazer. É a posição do autor.

6. Aplicando-se isoladamente as normas referentes ao assunto contidas na Lei n. 6368/76 e na Lei n.º 11.343/06, coloca-se o problema de considerar qual delas é mais favorável ao réu;

7. Essa dúvida deve ser resolvida pena análise do caso concreto, em prol da norma de que resulte pena privativa de liberdade menor, com ou sem reconhecimento da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4.º, da Lei n.º 11.343/06, e a despeito da cominação de multa maior por esta lei;

8. Em último caso, nada obsta fazer consulta ao defensor do acusado a respeito de qual será para este a norma de aplicação mais conveniente.

Notas:

(1) Proc. n.º 1.0433.05.154458-6/001(1), pub. 13/jan./2007, Rel. Des. Jane Silva.

(2) apud MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. São Paulo: Martins, 1973, 2 v., p. 25.

(3) MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

(4) HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1977, 1 v., 1 t., p. 120.

(5) Apelação criminal n.º 885.704.3/9-0000-000, Comarca de S. Paulo, Rel. Des. Marco Antonio, v.u., 01/mar./2007. No mesmo sentido é o julgamento da apelação n.º 969.988-3/5: "PENA Fixação Tráfico de entorpecentes Redução da reprimenda aplicada (3 anos de reclusão, em regime integralmente fechado e pagamento de 50 dias-multa) nos termos da Lei nº 11.343/06 Impossibilidade Hipótese Quantidade de entorpecentes apreendida (22 tijolos de maconha e 5g de cocaína) Observância

Recurso não provido Santa Bárbara D'Oeste 14.ª Câmara Criminal Relator: Alfredo Fanucchi 15.3.07 v.u.)

(6) Proc. n.º 1.0024.04.357927-5/001(1), pub. 10/jan./2007, Rel. Des. Eduardo Brum.

(7) MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. São Paulo: Atlas, 1996. 1 v., p. 65.

(8) ibidem, p. 64.

(9) ibidem, p. 64.

Plínio Antônio Britto Gentil ***é procurador de Justiça no Estado de S. Paulo. Doutor em Direito Processual Penal (PUC-SP). Professor universitário, membro do Movimento Ministério Público Democrático.***