



Direito de Defesa: O STF e a combinação de leis no tráfico de drogas

Spacca

Em recente julgamento, os ministros do STF discutiram acirradamente sobre a viabilidade jurídica da chamada *combinação de leis* em casos de *tráfico de drogas*. O problema: a antiga lei de drogas (Lei 6.638/76) estabelecia para o *traficante* uma pena de 3 a 15 anos de prisão, e não previa qualquer *causa de diminuição* desta mesma pena. O novo texto legal (Lei 11.343/06) fixou uma pena *maior* para o traficante (5 a 15 anos) mas, por outro lado, criou uma *causa de diminuição* de 1/6 a 2/3 se o réu for *primário, tiver bons antecedentes e não integrar organização criminosa* (art.33, §4º).

Em outras palavras: se a nova lei, por um lado, é prejudicial ao réu, vez que aumenta a pena, por outro é benéfica, porque cria *minorante* antes inexistente.

O centro do debate: a Constituição e o Código Penal apontam que a lei penal *não retroage, salvo para beneficiar o réu*. No caso, *parte* da nova lei beneficia o réu (criação de uma *causa de diminuição*) e *parte* o prejudica (aumento da pena). A questão: é possível fazer retroagir apenas os dispositivos mais benéficos e impedir a aplicação dos mais graves? Eis a discussão no RE 596152/SP no STF.

A discussão não é nova, vez que a suposta *combinação de leis* já foi debatida quando da alteração das regras de *livramento condicional* (STF, HC 68416) e das modificações do art.366 do CPP sobre citação por edital (embora aqui a discussão misture questões penais com processuais), dentre outros casos.

No caso da lei de drogas, os ministros Lewandowski, Carmen Lucia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio decidiram pela *unidade legal*. Reconheceram que a lei penal mais benéfica retroage, mas negaram a possibilidade da *retroação em partes* ou *em tiras*, com base em doutrina de Hungria Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, Von Litz, Claus Roxin. Para eles, ou bem se aplica a nova lei na *íntegra* – com a pena maior e com a causa de diminuição — ou vale a lei anterior, também na *íntegra* – com a pena menor e sem a causa de diminuição. A retroação de apenas *parte* da lei, e sua mescla com dispositivos do texto anterior, criaria uma *terceira lei* incompatível com a vontade do legislador.

Os ministros Ayres Britto, Cesar Peluso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello entenderam de outra forma. Para eles, será impossível aplicar a pena mais grave da nova lei porque evidentemente prejudicial ao réu, mas é perfeitamente adequada a *causa de diminuição* porque tal novidade beneficia o acusado. O juiz — no caso concreto — não criaria uma *nova lei*, “*mas se movimentaria dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível*” (voto Min. Peluso). Na doutrina, adotam posição semelhante Cezar Bittencourt, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Francisco de Assis Toledo, Damásio de Jesus e Celso Delmanto.

A segunda posição parece mais adequada. Não se trata da aplicação de *partes* da nova lei e de *partes* da lei mais antiga, mas apenas de reconhecer a aplicação *integral* da lei anterior — mais benéfica — com a *retroatividade* da *causa de diminuição* da lei nova. Não há a criação de uma *terceira lei*, mas apenas a





concretização, naquele caso, de um preceito constitucional. Trata-se de uma *interpretação conforme a Constituição* diante de dois textos legais e de um texto constitucional.

Se o legislador decidiu aumentar a pena para o tráfico, é claro que tal previsão não se aplica para os fatos anteriores à lei. Por outro lado, o mesmo legislador entendeu que a gravidade do *tráfico* é diminuída quando o réu é primário e não participa de organização criminosa. Significa que reconheceu que tal comportamento merece um benefício — independente de *quando foi praticado* — e não há justificativa para negar sua aplicação para fatos anteriores. E esta *causa de diminuição* não está em conflito com qualquer norma anterior, é inédita, e — como afirmou o Ministro Ayres Britto em seu voto — “*por força mesma do seu ineditismo, não se contrapõe a qualquer anterior regra penal*”.

Imaginemos o seguinte: se a lei antiga fosse alterada por duas novas leis a invés de apenas uma. A primeira disporia apenas sobre a *causa de diminuição*, criando a nova minorante para réus primários, sem mencionar qualquer alteração na pena para o tráfico. A segunda se limitaria a aumentar a pena para o crime de tráfico de drogas, sem tratar de *causa de diminuição*. Nesta hipótese, parece indubitável que a primeira lei retroagiria e a segunda lei não afetaria casos anteriores. Não haveria celeuma ou discussão.

Ora, se este raciocínio vale para a hipótese de aprovação de duas leis distintas, por que não se aplica ao caso em questão, onde a única diferença é que os dispositivos estão no mesmo texto legal? Será que essa diferença formal é suficiente para impedir a mesma solução?

Parece que não. Ainda que estejam na mesma lei, são *normas distintas*, que regulamentam *situações diversas*, uma atinente ao *tipo penal objetivo*, e outra referente a circunstâncias que minoram a pena de acordo com as características do agente. Poderiam estar em leis diferentes. Se não estão, é por questão de técnica legislativa, mas isso não impede a aplicação da regra constitucional da retroatividade benéfica à *norma da causa de diminuição*.

Mas o debate está longe do fim. A controvérsia no STF resultou em *empate* (5×5). O *empate* beneficia o réu (RISTF, art.146), razão pela qual prevaleceu a segunda posição, que admite a *combinação de leis*, mas o assunto não é pacífico e deve retornar à pauta da Corte em breve. A ver.

Dica de Leitura

Lei de Drogas Comentada de César Dario Mariano da Silva. [Clique e saiba mais!](#)

Date Created

06/12/2011