



Regra que beneficia réu retroage em caso de tráfico, diz Ayres Britto

A norma do inciso XL do artigo 5º da Constituição, segundo a qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” merece uma interpretação mais elástica. Com esse entendimento, o ministro Ayres Britto do Supremo Tribunal Federal [votou](#) para que seja aplicada a causa especial de diminuição de pena introduzida pela nova lei de drogas (Lei 11.343/1976) aos crimes praticados por pequenos traficantes na vigência da antiga lei de drogas (Lei 6.368/76). O julgamento, que está empatado em três a três, foi suspenso com o pedido de vista do ministro Luiz Fux.

Segundo o ministro Ayres Britto, a retroatividade da norma penal mais benigna opera de pronto, não por mérito da própria lei, mas da Constituição. Nesse sentido, entende que a técnica da mescla é válida quando não mistura duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito.

Quanto a isso, diz que, para ele, o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 traz quatro causas de diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante, e que essa minorante não é objeto de nenhuma norma anterior. Por não se contrapor a nenhuma regra penal anterior, diz que a norma pode incidir “tão imediata quanto solitariamente”.

O ministro considerou que “todo instituto de direito penal — crime, pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória e conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, por exemplo — há de ostentar o timbre da personalização, quando de sua concreta aplicabilidade (...) porque a própria Constituição é que se deseja assim individualizadamente concretizada”.

Ayres Britto deixou claro que o argumento de que seu voto ofende o princípio da isonomia não cabe porque “a retroatividade benigna opera por mérito da Constituição mesma (do inciso XL do artigo 5º da CF/88), que se coloca, então, como o único fundamento de validade da retroação penal da norma de teor mais favorável”.

O relator do caso, ministro Ricardo Lewandowski, acolheu o Recurso Especial do Ministério Público Federal, alegando que não se pode, a pretexto de favorecer o condenado, “pinçar dispositivos de leis diversas” para aplicar o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, sob pena de o Poder Judiciário criar uma terceira lei.

O caso

O recurso foi ajuizado pelo MPF contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que aplicou de forma retroativa a diminuição de pena contida na nova lei de drogas, em respeito ao princípio constitucional que permite a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu.

O parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 permite que a pena seja reduzida de um sexto a dois terços nos casos em que o condenado seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Para o ministro relator, o princípio constitucional deve ser aplicado em caso de confronto de duas leis,



devendo-se então aplicar a lei mais benéfica por inteiro. “Com a devida vênia daqueles que entendem de modo contrário e fiel à jurisprudência desta Corte, penso que a aplicação do princípio da retroatividade não autoriza a cominação de leis, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, entendo que não é possível a conjugação de partes mais benéficas de diferentes normas para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação dos Poderes”.

A ministra Cármen Lúcia e o ministro Joaquim Barbosa acompanharam o voto do relator. Para a ministra, se o STF permitir a aplicação da causa especial de diminuição da pena aos crimes de tráfico praticados na vigência da Lei 6.368/1976 (cuja pena mínima era de 3 anos), haverá a possibilidade de o crime de tráfico ser punido com pena de até um ano de reclusão, semelhante às sanções previstas para os crimes de menor potencial ofensivo.

Já o ministro Joaquim Barbosa entende que “trata-se de um conflito de leis no tempo do qual resulta amálgama que não foi aquilo que o legislador preconizou”.

Divergência

O ministro Cezar Peluso, presidente do STF, abriu divergência. Ele afirmou que não há obstáculo legal à aplicação da diminuição da pena, pois ela exige a presença de determinadas condutas e características do condenado (ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas) presentes na lei revogada.

O presidente do STF citou parecer do deputado Paulo Pimenta (PT-RS), relator do projeto de lei que deu origem à Lei 11.343/2006 na CCJ, para afirmar que uma das finalidades da lei foi distinguir pequenos e grandes traficantes. “Daí se vê que não há como repudiar a aplicabilidade da causa de diminuição da pena também a situações anteriores, pois foi esta a nova valoração da conduta menos perigosa daquele que se convencionou chamar de ‘pequeno traficante’ em oposição ao ‘grande traficante’, que motivou a previsão legal. O propósito claro da lei foi punir de maneira menos severa pessoas nas condições nela disciplinada sem nenhuma correlação, por si, com as novas penas aplicáveis ou aplicadas”.

Além de introduzir a causa especial de diminuição da pena, a nova lei de drogas elevou a pena mínima de três para cinco anos. Nas duas leis, a pena máxima é de 15 anos.

O ministro Dias Toffoli acompanhou o voto de Peluso. “A teoria e a jurisprudência firmadas no sentido de ser impossível, em toda e qualquer hipótese, a junção de duas leis parece não ser a melhor diante da racionalidade dos ensinamentos da teoria geral do Direito, porque o ordenamento jurídico é um só”, afirmou. *Com informações da Assessoria de Imprensa do Supremo Tribunal Federal.*

Clique [aqui](#) para ler a íntegra do voto do ministro Ayres Britto.

RE 596.152

Date Created

05/06/2011