

VOTO – VISTA

O Senhor Ministro Luiz Fux (voto vista): Nobres Ministros, cuida-se de Recurso Extraordinário afetado ao Pleno para solucionar a querela jurídica que se formou em torno do art. 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, mais especificamente, a respeito da sua aptidão para atingir fatos passados.

O novel diploma, no que atine ao crime de tráfico de drogas, inovou em dupla frente em relação ao seu antecessor, a Lei nº 6.368/76: se por um lado modificou a escala penal básica – que era estabelecida em 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão e passou a 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, também de reclusão –, recrudescendo a pena mínima, por outro lado, trouxe uma inédita causa de diminuição de pena, permitindo a redução da reprimenda 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.

Eis o cerne da questão ora debatida: a referida minorante, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, deve retroagir para atingir fatos anteriores à vigência deste diploma?

O tema da retroatividade da lei penal é dos mais debatidos na doutrina, o que denota o quão áspero é o vertente julgamento. Nas palavras de Vincenzo Manzini, “uma vez que a Lei tenha eliminado ou abrandado uma restrição imposta à liberdade, o Estado, garante desta, não pode exigir ou implementar o que ele mesmo reconheceu não mais necessário ou excessivo e não conforme à justiça” (tradução livre do trecho: “*non appena la legge ha sciolto o rallentato un vincolo imposto alla libertà, lo Stato, garante di questa, non puo richiedere od attuare ciò che esso medesimo ha riconosciuto non più necessario o eccessivo e non conforme a giustizia*”. Trattato di Diritto Penale Italiano. 4^a ed. Torino: UTET, 1981. p. 370-371).

Se a justificativa para a irretroatividade da lei criminal reside na proteção dos indivíduos contra o superveniente aumento no rigor do tratamento penal de um fato, essa razão cai por terra quando a nova lei é benigna ao *status libertatis* dos cidadãos. O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa. A lei, expressão da democracia e garante das liberdades individuais, não pode ter a sua incidência manietada quando se trata de favorecer os direitos fundamentais, sendo esse o caso da *novatio legis in melius*.

A grande dificuldade, nesta seara, é estabelecer qual é a Lei mais favorável. Parece simples, à primeira vista, apontar, em um conflito de leis no tempo, aquela que deve ser considerada como a *lex*

mitior. Entretanto, é de ser considerado que as leis não são editadas com sinais indicativos, que permitam uma clara identificação daquela que é mais favorável ao réu. A nova lei pode ser mais benéfica em alguns aspectos e prejudicial em outros, tornando árdua a tarefa de aplicar o art. 5º, XL, da Carta Magna (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).

Nesses casos complexos, indaga-se se é dado ao intérprete aplicar a lei nova aos fatos passados em parte, apenas naquilo em que for mais favorável. Conforme adverte Guillermo Oliver Calderón, Professor da Universidad Católica de Valparaíso, um dos maiores estudiosos da matéria no mundo:

No âmbito das consequências penais, também pode resultar extremamente difícil determinar qual é a lei mais favorável. *Verbi gratia*, poderia acontecer que a lei posterior diminuía o limite inferior da pena privativa de liberdade estabelecida na lei anterior, mas aumentara o limite superior, ou, ainda, que rebaixara o limite superior, porém aumentara o inferior. Poderia ocorrer, também, que a lei nova eliminara a pena privativa de liberdade de muito curta duração contemplada na lei precedente, mas a substituía por uma pena restritiva de liberdade de larga duração ou por uma pena pecuniária de elevada monta. Poderia suceder, ainda, que a lei posterior criara uma nova atenuante de responsabilidade penal, porém estabeleceria uma nova agravante.

(...) a maioria dos autores assinala que deve aplicar-se uma ou outra lei, integralmente, em bloco, sem que possam combinar-se os aspectos mais favoráveis delas. Isso se traduz em uma proibição da denominada *lex tertia* ou princípio de combinação.

(Tradução livre. Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 56-61)

No mesmo sentido é a lição de Manzini, que afirma que “a escolha deve recair sobre a lei antiga ou a nova, uma ou outra considerada integralmente e distintamente, sendo vedado aplicar simultaneamente as disposições mais favoráveis de ambas, a menos que haja disposição expressa em sentido diverso” (tradução livre do trecho: “*la scelta deve cadere sulla legge antica o sulla nuova, l’una o l’altra considerata integralmente e distintamente, essendo vietato di applicare simultaneamente le disposizioni più miti di entrambe, a meno che non sia disposto diversamente in modo espresso*”. Trattato di Diritto Penale Italiano. 4ª ed. Torino: UTET, 1981. p. 391).

Ainda se alinham a essa vertente doutrinária: José Cerezo Mir (Curso de derecho penal español. Parte general. T. I. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 234); Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán (Derecho penal. Parte general. 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 146); e Fernando Mantovani (Diritto penale. Parte generale. 3ª ed. Padova: CEDAM, 1992. p. 123), dentre outros.

É de se ressaltar, todavia, que doutrina de escol defende orientação inversa, reclamando a retroatividade dos elementos mais benéficos da lei superveniente e refutando, por outro lado, a aplicação das demais disposições aos fatos passados. José Frederico Marques, ferrenho defensor da tese da *lex tertia*, expunha os seguintes argumentos:

Dizer que o Juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em

obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando *ex nihilo* a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o 'todo', para que o réu tenha o 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 sobrepassar a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação, pelo papel preponderante do texto constitucional. A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica, se, para evitar-se a transação e o ecletismo, a parcela benéfica da lei posterior não for aplicada pelo Juiz; e este tem por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama os direitos do homem.

(Tratado de direito penal. 2ª ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1964. p. 210-211)

Somam-se, ainda, as vozes de Mirabete, para quem “a melhor solução (...) é a de que pode haver combinação de duas leis, aplicando-se ao caso concreto os dispositivos mais benéficos” (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Código Penal interpretado. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 14), e de Delmanto, que entende “que a combinação de leis para beneficiar o agente é possível” (DELMANTO, Celso *et alii*. Código Penal Comentado. 7ª ed.

Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 22), apenas para citar alguns nomes de prestígio na doutrina pátria.

Na doutrina estrangeira, colhe-se a lição de Günther Jakobs, *verbis*:

De acordo com a doutrina majoritária, deve-se comparar a gravidade das consequências do fato da lei antiga, acumuladas, com as da lei nova, também acumuladas, e não cada uma das reações jurídico-penais separadamente (alternatividade das leis). Por conseguinte, em conclusão, só pode ser mais favorável a lei antiga ou a lei modificada, mas não a antiga, apenas com relação a uma consequência, e a modificada, no que atine a outra. Não se pode manter essa solução; em todo caso, nas reações mencionadas no § 2.5 StGB há que se levar a cabo a determinação individual: a proibição de retroatividade do § 2.5 StGB é completamente idêntica a um mandado de recortar retroativamente a nova lei para alcançar a antiga regulação; é dizer, rompe a alternatividade.

(Tradução livre. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 125)

A jurisprudência comparada nos revela exemplos de soluções intermediárias. Na França, conforme explica Gilles Mathieu, “na prática, os Tribunais fazem uma distinção dependendo se a nova lei contém disposições divisíveis ou indivisíveis. Se a lei for divisível, apenas as partes mais favoráveis retroagirão (...). Uma lei é divisível quando as suas disposições formam um bloco indissociável” (tradução livre do trecho: “*Dans la pratique, la jurisprudence opère une distinction selon que la loi nouvelle contient des dispositions divisibles ou indivisibles. Si la loi est divisible, seules les parties plus douces rétroagissent (...). Une loi est donc indivisible lorsque ses dispositions forment un bloc*”).

indissociable”. L’application de la loi pénale dans le temps (Dans la perspective du nouveau code pénal). In: *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. nº 2, avril-juin 1995. Sirey Editions. p. 269). Essa solução temperada encontra eco na doutrina de Nilo Batista e Zaffaroni, valendo transcrever suas lições:

Parece que a única objeção lógica oponível à combinação de leis, que outorgaria consistência ao argumento tradicional da aplicação de lei inexistente, residiria na fissura de dispositivos legais incindíveis, organicamente unitários, preocupando-se a Corte Suprema com que sejam “separáveis as partes das normas em conflito” e a doutrina com a aplicação do “preceito por inteiro”. Ressalvada, portanto, a hipótese em que a aplicação complementar dos textos legais concorrentes no tempo implique desvirtuar algum dos dispositivos operados, pela abusiva subtração de cláusula que condicionaria sua eficácia (quando, sim, poder-se-ia falar de uma lei inexistente), cabe admitir no direito brasileiro a combinação de leis no procedimento para reconhecer a lei mais benigna.

(BATISTA, Nilo *et alii*. *Direito Penal Brasileiro* – I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 215)

Estabelecida a divergência acadêmica, e antes de me filiar a qualquer dos entendimentos, deve-se aferir qual a real intenção da Lei nº 11.343/06. Na análise de Luiz Flávio Gomes, “de uma forma geral, percebe-se que os tipos penais existentes na Lei 6.368/76 foram mantidos, sofrendo, entretanto, uma majoração significativa da pena” (Lei de Drogas Comentada. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 25). O legislador observou a orientação contida na Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 90 de 1972, que assim dispõe em seu artigo 22.1:

Disposições Penais

1 a) Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada parte tratará como delito punível qualquer ato contrário a uma lei ou regulamento adotado em cumprimento às obrigações oriundas da presente Convenção, quando cometido intencionalmente, e cuidará que delitos graves sejam passíveis de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade.

b) Não obstante a alínea precedente, quando dependentes de substâncias psicotrópicas houverem cometido tais delitos, as partes poderão tomar providências para que, como uma alternativa à condenação ou pena ou como complemento à pena, tais dependentes sejam submetidos a medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social, em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 20.

A *ratio legis*, evidenciada em diversos trechos do novo diploma, é a de enrijecer a resposta penal aos grandes traficantes de drogas e àqueles que enriquecem a custas dessa mazela social, e, ao mesmo tempo, abrandar a sanção aos usuários e traficantes de pouca expressão.

O tratamento penal mínimo conferido pela Lei nº 11.343/06 aos traficantes primários, de bons antecedentes, e que não se dedicam às atividades criminosas nem integram organização criminosa, resulta em uma reprimenda corporal de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, correspondente à incidência máxima da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, (dois terços) sobre a menor pena prevista na escala penal do *caput* do mesmo artigo (cinco anos). Pretender a retroatividade isolada da minorante alcunhada como “tráfico privilegiado”, significa alterar uma sanção penal mínima de 1 (um)

ano de reclusão para a mesma conduta. Desse modo, aqueles que praticaram o crime antes da novel legislação seriam favorecidos por regramento privilegiado, mais favorável do que aquele aplicável aos que delinquirem após o advento da Lei de Drogas de 2006. Diversas razões militam contra essa conclusão. Passo a enumerá-las.

A primeira, e mais evidente, é a afronta acachapante ao princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição. Nenhum argumento é capaz de justificar que o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna permita que duas pessoas, que praticaram o mesmo fato delituoso, nas mesmas condições, recebam penas distintas, apenas em razão do tempo em que o crime foi levado a cabo. Essa situação é possível quando a lei antiga punia o crime de maneira mais branda que a lei modificada – aplicando-se o princípio da irretroatividade da *novatio legis in pejus* –, porém, em tal conjuntura é mantida a reprimenda prevista na legislação anterior. Os que defendem a *lex tertia* talvez não tenham se apercebido do paradoxo que seria uma lei retroagir conferindo aos fatos passados uma situação jurídica mais favorável do que àqueles praticados durante a sua vigência. Vale lembrar que a igualdade perante a lei é um dos fundamentos da retroatividade da lei penal mais favorável.

Conforme dito alhures, outro fundamento desse princípio reside na mudança da valoração de uma conduta delituosa pela sociedade, que passa a considerar despicienda ou excessiva a punição até então dispensada a ela. Ocorre que a retroatividade da lei “em tiras” consiste em velada deturpação da nova percepção que o legislador, responsável por expressar os anseios sociais, manifestou a

respeito dessa mesma conduta. Em palavras mais singelas: a sociedade pós-Lei 11.343 quer uma punição mínima de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão para o “tráfico privilegiado”, não sendo possível dispensar tratamento mais brando aos crimes pretéritos dessa natureza.

A *lex tertia* viola, ainda, dois outros fundamentos do art. 5º, XL, *in fine*, da Lei Maior: o princípio da legalidade e a democracia. Cria-se, com a tese que ora se refuta, uma regra que não está prevista nem na lei antiga e nem na lei nova, que não goza do batismo democrático atribuído à Lei formal. Ao Judiciário não é dado arvorar-se no papel de legislador para pretender, mediante manobra interpretativa, resultado contrário à vontade da lei (ou melhor, das leis) e da Constituição.

A questão em tela reclama, portanto, o que Mathieu denomina como “sistema da apreciação *in concreto*” (*op. cit.* p. 270), em conjunto com o princípio da alternatividade referido por Jakobs (*loc. cit.*); é dizer, o julgador, caso a caso, deve avaliar se é mais favorável ao réu a aplicação da lei antiga ou da lei nova, uma ou outra, considerada integralmente. Assim, é lícito afirmar que o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas hoje vigente pode retroagir; porém, desde que associado à pena-base prevista no *caput* do mesmo artigo, e contanto que não seja mais benéfica ao agente a incidência da reprimenda prevista no antigo art. 12 da Lei nº 6.368/76. As duas dosimetrias deverão ser realizadas, pela lei nova e pela lei antiga, a fim de aferir qual a que melhor favorece o *status libertatis* do sentenciado.

Essa é a solução também encontrada por Damásio de Jesus, que assim se manifesta a respeito do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06:

O redutor previsto no dispositivo é digno de encômios, porém, tem uma razão de ser: cuida-se de causa de redução de pena *vinculada* aos novos limites mínimo e máximo previstos no *caput* do art. 33 da Lei. A lei pretendeu temperar os rigores da punição ao traficante primário, de bons antecedentes, que não tenha envolvimento habitual com o crime ou que não faça parte de associação criminosa. Por esse motivo, não há razões plausíveis, com o respeito às opiniões contrárias, para que seja aplicado o redutor sobre as penas cominadas no preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

(Lei Antidrogas anotada. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128)

No caso *sub judice*, o Ministério Público impugna decisão do Superior Tribunal de Justiça que optou pela aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e restou assim ementada:

“CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELEECER A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. CONCEDIDA ORDEM DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E ALTERAR SEU REGIME DE CUMPRIMENTO.

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

3. Ordem concedida para cassar o acórdão do Tribunal a quo e restabelecer a decisão da Vara de Execuções Criminais de São Paulo, juntada à f. 17/18, que aplicou retroativamente a causa de redução.”

O recorrido foi condenado a 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pelo crime de tráfico de drogas, por aplicação do artigo 12 da Lei 6.368/76. O juízo da execução, com o advento da Lei nº 11.343/06, determinou a aplicação da minorante contida no art. 33, § 4º, para beneficiar o sentenciado, diminuindo a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a agravo em execução interposto pelo *parquet* a fim de restabelecer a reprimenda fixada na sentença condenatória, acórdão esse que foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, para tornar a determinar a retroação da causa de diminuição de pena em comento.

Após esse breve relato, e à guisa de conclusão, filio-me à posição já manifestada neste Plenário pelos Excelentíssimos Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, com a vênua dos demais pares, para considerar, nos termos já expostos, que a *lex tertia* constitui patente violação aos princípios da igualdade, da legalidade e da democracia (arts. 5º, *caput* e II, e 1º, *caput*, respectivamente, todos da Constituição).

RE 596.152/SP (Voto vista)

Ex positis, acompanho o Relator e dou provimento ao recurso extraordinário, reformando o acórdão recorrido, para determinar a remessa dos autos ao Juízo das Execuções, que deverá realizar as duas dosimetrias, uma de acordo com a Lei nº 6.368/76 e outra conforme a Lei nº 11.343/06, guardando observância ao princípio da alternatividade, para aplicar a pena mais branda ao recorrido.

É como voto.