

Título: A COMBINAÇÃO DE LEIS NO TRÁFICO DE DROGAS

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA ROBALDO*

A nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), que revogou as Leis nº s 6.368/76 e 10.409/02, manteve a proibição do uso de drogas ilícitas, porém com uma formatação punitiva mais benéfica. A opção do legislador com a nova lei foi no sentido de manter-se a política criminal da proibição do uso, mas de uma forma menos rígida (*novatio legis in mellius*). Prevê em seu artigo 28:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I- advertência sobre os efeitos das drogas; II- prestação de serviços à comunidade; III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em relação ao tráfico, de regra, a nova lei foi bem mais severa (*novatio legis in pejus*), pois estabelece em seu artigo 33:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Logo, não retroage e se aplica somente aos crimes praticados a partir da sua vigência.

Contudo, estabeleceu em seu parágrafo 4º que “*Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”. Neste aspecto, portanto, a lei nova em relação ao réu não reincidente etc foi mais benéfica (*novatio legis in mellius*), podendo com isso retroagir para ser aplicada aos delitos praticados antes da sua vigência.

A regra adotada pelo Sistema Penal, por força do princípio da legalidade, determina que se aplique a lei que está em vigor por ocasião da prática da infração penal (*tempus regit actum*). O mesmo sistema, porém, prevê duas hipóteses (exceções) em que se admite a aplicação de lei fora do seu período

* Procurador de Justiça aposentado. Professor Universitário. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual Paulista – UNESP.

temporal de vigência: *retroatividade* e *ultratatividade* de leis mais benéficas. Isso significa que a lei nova só pode retroagir para atingir fato praticado na vigência da lei revogada/derrogada se for para beneficiar o réu, e a lei velha somente pode ser aplicada após a sua revogação/derrogação, igualmente para beneficiá-lo.

Nessa linha de raciocínio, pode-se concluir que, em relação ao usuário, a lei nova retroage e, em relação ao traficante, o parágrafo 4º tb retroage? Eis a questão! A solução deve vir pelo instituto da combinação de leis, trazido pela doutrina e jurisprudência.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência – com algumas resistências - vêm se posicionando no sentido de que as benesses da nova lei (parágrafo 4º), em face da combinação da lei velha com a lei nova, se aplicam aos fatos executados na vigência daquela, por força da retroatividade da norma mais benéfica, desde que a pena mínima aplicada não fique aquém de um *ano e oito meses*.

Nesse sentido decidiu a 5ª Turma do STJ, no HC nº 87464-RS, Rel.Min. Arnaldo Esteves Lima:

“Tráfico de entorpecentes. Pena-base acima do mínimo legal. Regime de cumprimento de pena. Substituição por restritiva de direitos. Possibilidade. Ordem concedida. Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Hábeas corpus concedido de ofício. 1. Considerações abstratas... 2. Praticado o delito em 5/11/04 – portanto, antes do advento das Leis 11.343/06 e 11.464/07... 3. Pela interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, verifica-se que a nova tipificação das condutas, anteriormente definidas no art. 12 da Lei 6.368/76, tem como preceito secundário um espectro de pena que varia de 20 (vinte) meses a 15 (quinze) anos de reclusão. 4. Sendo mais benéfica ao réu, a norma penal deve retroagir à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal (novatio legis in mellius). Ordem concedida para reduzir a pena aplicada a 3 (três) anos de reclusão (...) Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Criminais analise se presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite da pena em 1 (um) ano e 8(oito) meses de reclusão.

A lógica desse mínimo (um ano e oito meses) parte, em síntese, da premissa de que a lei revogada (6368/76) estabelecia uma pena mínima de três anos de reclusão, logo a renúncia do Estado (art. 33, § 4º) deve recair sobre o mínimo da lei nova (cinco anos) e não de três anos previstos na lei revogada.

Com efeito, a combinação de leis no caso da nova Lei de Drogas para beneficiar o réu é possível, porém, desde que com critérios, a partir dos propósitos da norma.