

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A LEI DE DROGAS E A COMBINAÇÃO
DE LEIS PENAIS - MAIS UMA VEZ, POBRE DE NÓS!**¹

"Até quando, ó Catilina, abusarás da nossa paciência? Por quanto tempo ainda há-de zombar de nós essa tua loucura? A que extremos se há-de precipitar a tua audácia sem freio? (...) Ó tempos, ó costumes!"²

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu na sessão do dia 07 de novembro de 2013 não ser possível a aplicação da causa

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos do Ministério Público do Estado da Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG) e IELF (SP). Autor das obras "Curso Temático de Direito Processual Penal" e "Comentários à Lei Maria da Penha" (em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); "A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares" (2011), "Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo" (2013) e "A Nova Lei de Organização Criminosa" (no prelo), publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal" (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

² Palavras que Marco Túlio Cícero, o maior orador romano de todos os tempos (que ascendeu à posição de cônsul, entre os anos de 64-63 a .C), dirigiu ao seu grande rival na disputa pela mais alta posição da Magistratura de Roma, Lúcio Sergio Catilina. Certo dia, Cícero foi ao Senado e disse em frente a Catilina e aos presentes, para que todos ouvissem, o seguinte: *"Até quando, ó Catilina, abusarás da nossa paciência? Por quanto tempo ainda há-de zombar de nós essa tua loucura? A que extremos se há-de precipitar a tua audácia sem freio? Nem a guarda do Palatino, nem a ronda noturna da cidade, nem os temores do povo, nem a afluência de todos os homens de bem, nem este local tão bem protegido para a reunião do Senado, nem o olhar e o aspecto destes senadores, nada disto conseguiu perturbar-te? Não sentes que os teus planos estão à vista de todos? Não vês que a tua conspiração a têm já dominada todos estes que a conhecem? Quem, de entre nós, pensas tu que ignora o que fizeste na noite passada e na precedente, em que local estiveste, a quem convocaste, que deliberações foram as tuas. Ó tempos, ó costumes!"*

de diminuição do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/2006), combinada com penas previstas na Lei 6.368/1976, para crimes cometidos durante sua vigência. O Ministro Ricardo Lewandowski, Relator do Recurso Extraordinário nº. 600817, sustentou que embora a retroação da lei penal para favorecer o réu seja uma garantia constitucional, a Lei Magna não autoriza que partes de diversas leis sejam aplicadas separadamente em seu benefício. O Relator sustentou que a aplicação da minorante prevista em uma lei, combinada com a pena prevista em outra, criaria uma terceira norma, fazendo com que o julgador atue como legislador positivo, o que configuraria uma afronta ao princípio constitucional da separação dos Poderes. O Ministro observou que “*não resta dúvida que o legislador preocupou-se em diferenciar o traficante organizado, que obtém fartos lucros com a direção de atividade altamente nociva à sociedade, do pequeno traficante, denominado mula ou avião, utilizado como simples mão de obra para entrega de pequenas quantidades de droga*”, disse o Relator. A corrente divergente entende que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas combinada com a pena da lei revogada não representa a criação de nova norma. Os Ministros que defendem esta tese consideram que, como o dispositivo favorável ao réu não existia, a norma é autônoma e pode ser aplicada em combinação com a lei anterior. No processo analisado, os Ministros deram provimento parcial ao RE, negando a aplicação imediata da minorante da lei nova combinada com a pena da lei anterior, mas determinando a volta do processo ao juiz de origem para que, após efetuar a dosimetria de acordo com as duas leis, aplicar, na íntegra, a legislação que for mais favorável ao réu. Fonte: STF.

Aliás, dias antes, 23 de outubro de 2013, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já havia decidido pela edição do Enunciado 501 (publicado no dia 28 de outubro), com o seguinte teor: “*É cabível a aplicação retroativa da Lei nº. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei nº. 6368/1976, sendo vedada a combinação de leis.*” (Grifo meu).

Naquela oportunidade escrevi o artigo “O novo Enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça – Uma verdadeira aberração jurídico-penal”, quando afirmei que, “plagiando Otávio Mangabeira, a sua frase poderia perfeitamente ser aplicada a este Enunciado: “*Pense em um absurdo, na Bahia tem precedente.*”³ O precedente agora, além de jurisprudencial, é do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de uma verdadeira chacota à inteligência dos penalistas e constitucionalistas brasileiros (deixando logo claro que me considero um simples estudioso do Direito Processual Penal, o que não me desanimou enfrentar a questão, tal o seu fantástico disparate – desculpem a redundância, mas, neste caso, além de correta, ela é necessária).”

³ O Engenheiro e Professor de Astronomia, Octavio Mangabeira, nascido em Salvador, foi Governador da Bahia (primeiro Governador eleito após os anos da Era Vargas) e membro da Academia Brasileira de Letras. Teve uma longa carreira política que lhe rendeu dois exílios. Em 1912 foi eleito Deputado Federal e, em 1926, no Governo Washington Luís, Ministro do Exterior. Após o fim do Estado Novo, elegeu-se Deputado Constituinte em 1945. Elegeu-se Senador da República em 1958, falecendo durante o mandato. No seu secretariado, quando Governador da Bahia, aglutinou as maiores inteligências da Bahia, como o grande educador Anísio Teixeira (Secretário de Educação). Aliás, foi nesta época que se projetou a construção do maior e mais revolucionário projeto educacional da História do Brasil: a Escola Parque, concebida por Anísio Teixeira, para uma educação em tempo integral, décadas depois resgatadas em projetos como CIAC e CIEPs.

O referido artigo terminava com uma conclusão desanimadora; escrevi: “Decididamente, estamos à mercê de analfabetos funcionais ou de ignorantes em Direito!”⁴

O Enunciado agora vem a ser autorizado pelo Supremo Tribunal Federal que, aliás, já havia se posicionado em sentido contrário quando, na sessão do dia 13 de outubro de 2011, manifestou-se favorável à combinação de leis penais no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 596.152, oportunidade onde se discutia exatamente a possibilidade de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 a um acusado de crime de tráfico de drogas cometido ainda sob a vigência da Lei 6.368/1976.

Vejo que se tratou de uma verdadeira “missa encomendada”, como diriam os antigos...

Ora, o fato da Lei de Drogas ter-se preocupado, como observou o Ministro, “*em diferenciar o traficante organizado, que obtém fartos lucros com a direção de atividade altamente nociva à sociedade, do pequeno traficante, denominado mula ou avião, utilizado como simples mão de obra para entrega de pequenas quantidades de droga*”, não tem nada que ver com a combinação de leis penais, uma exigência derivada da Constituição, como veremos adiante.

Ademais, afirmar o Ministro que “*a Lei Magna não autoriza que partes de diversas leis sejam aplicadas separadamente em seu benefício*” é uma conclusão longe de ser correta do ponto de vista jurídico. É um erro!

Outrossim, sustentar “*que a aplicação da minorante prevista em uma lei, combinada com a pena prevista em outra, criaria uma terceira norma, fazendo com que o julgador atue como legislador positivo, o que configuraria uma afronta ao princípio constitucional da separação dos Poderes*”, como disse o Relator, é fazer **tabula rasa** de uma cláusula pétrea: o art. 5º., XL da Constituição.

Não se pode confundir lei com norma jurídica, tampouco um parágrafo de um artigo de lei com norma jurídica, mesmo porque não se confundem espécie e gênero. Aliás, salvo engano, tais lições são aprendidas logo no início de um bom curso de Direito.

Obviamente, que não quis o legislador constituinte reduzir a expressão “*lei penal*”, a um artigo “*na íntegra*” de uma lei. Claro que não! Qualquer dispositivo de caráter penal que seja mais benéfico para o réu ou indiciado deve ser aplicado retroativamente (ainda que se trate de um parágrafo de um artigo), levando-se em consideração a lei vigente na data da prática da infração penal (ação ou omissão – art. 4º., Código Penal).

⁴ Na mesma oportunidade duas outras pérolas surgiram: Enunciado500: “*A configuração do crime do art. 244-B do ECA depende da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.*” E se o menor não aceitar a proposta? E o Enunciado 502: “*Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.*” Esta sim, uma redundância incorreta!

Aqui devemos aplicar o princípio da máxima efetividade, ou da eficiência, também conhecido como princípio da interpretação efetiva, segundo o qual “*a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.*”⁵ Observa-se que não defendo, muito pelo contrário, uma invasão judicial frente ao legislador (tampouco uma elasticidade axiológica), mas apenas uma obediência a um princípio constitucional (a lei penal retroage para beneficiar), absolutamente compatível com o princípio da legalidade, pois, longe disso, ambos devem ser levados em consideração pelo Magistrado, atentando-se a um terceiro princípio: o do **favor libertatis**.

Tal princípio deve observado em toda e qualquer interpretação das normas penais. Lembro, com Giuseppe Bettiol, que em uma “*determinada óptica, o princípio do favor rei é o princípio base de toda a legislação penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade.*” (...) *Não há, efetivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. É uma constante das articulações jurídicas de semelhante Estado, um empenho no reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana.*” (...) *No conflito entre o **jus puniendi** do Estado por um lado e o **jus libertatis** do arguido por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade.*”⁶

Nada obstante não ser favorável a uma “suposta” incerteza jurídica ou retalhar leis, o certo é que o importante é observar a Constituição, custe o que custar, ainda mais se tratando da Corte Constitucional.

Como já disse o Ministro Marco Aurélio em outra oportunidade, quando do julgamento da Ação Penal Originária n.º. 396, “*por sermos guardiões maiores da Constituição Federal, não podemos aditá-la.*”

A combinação de leis penais não fere o ordenamento jurídico, mas, muito pelo contrário, trata-se da observância de um princípio expressamente consagrado constitucionalmente, ressaltando que cada caso implica uma análise das variações abstratas de cada lei, ainda que para isso tenham que ser ouvidos os mais interessados, o acusado e o indiciado (aliás, algo nada mais natural, à luz do contraditório).

Para ilustrar, vejamos alguma doutrina a respeito, aliás, ignorada solenemente pela Suprema Corte:

Segundo José Frederico Marques, “*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*

⁵ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., 2002, p. 1.210.]

⁶ *Instituições de Direito e Processo Penal*, Coimbra: Editora LDA, 1974, p. 295. Tradução para o português de Manuel da Costa Andrade.

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 sobrepairar 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 a missão precípua de velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama dos direitos do homem" (Tratado de Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 1964, volume 1, páginas 210/211).

Francisco de Assis Toledo, comentando a questão, escreveu que *"em matéria de direito transitório, não se pode estabelecer dogmas rígidos como esse da proibição da combinação de leis. Nessa área, a realidade é muito mais rica do que pode imaginar a nossa "vã filosofia"...parece-nos que uma questão de direito transitório - saber que normas devem prevalecer para regular determinado fato, quando várias apresentam-se como de aplicação possível - só pode ser convenientemente resolvida com a aplicação dos princípios de hermenêutica, sem exclusão de qualquer deles. E se, no caso concreto, a necessidade de prevalência de certos princípios superiores conduzir à combinação de leis, não se deve temer este resultado desde que juridicamente valioso. Estamos pois de acordo com os que profligam, como regra geral, a alquimia de preceitos de leis sucessivas, quando umas se destinam a substituir as outras" (Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 1991, 4ª edição, página 38). Que saudade...*

Do mesmo modo, Cezar Roberto Bitencourt, cita Bustos Ramirez, para quem é admissível *"a combinação de leis no campo penal, pois nunca há uma lei estritamente completa, enquanto há leis especialmente incompletas, como é o caso da norma penal em branco; conseqüentemente, o juiz sempre está configurando uma terceira lei, que, a rigor, não passa de simples interpretação integrativa, admissível na atividade judicial, favorável ao réu" (Tratado de Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 2007, 11ª edição, Parte Geral 1, p. 168).*

Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablo de Molina, asseveram que *"nada impede que ocorra a combinação dos aspectos favoráveis de várias leis penais, aproveitando-se em favor do réu os textos mais benéficos (ex.: a pena de prisão antiga com a pena de multa nova menos gravosa) (RT 710/330). Se a jurisprudência do STF admite a combinação de várias leis até para prejudicar o réu (cf. o art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos - Lei 8.072/90 - e sua relação com o antigo art. 14 da Lei de Tóxicos - Lei 6.368/76: segundo o STF vigorava a descrição típica do art. 14 mas a pena era a do art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos - JSTF 243/356), não há como não admitir a mesma combinação para beneficiá-lo. Note-se que na combinação de leis penais o juiz não está criando uma nova lei; apenas aplica as partes benéficas devidamente aprovadas pelo Parlamento. O juiz não cria nenhuma lei. Combinar aspectos favoráveis de duas leis não significa criar uma terceira. Esse ato (a criação de lei) é de atribuição exclusiva do Legislativo. Combinar leis devidamente aprovadas pelo Parlamento, entretanto, não significa criá-las. O juiz estaria criando lei*

*nova se a decisão tivesse como fonte sua vontade. Aplicar aspectos favoráveis de duas leis significa aplicar a vontade da lei, resultando da **mens legislatoris** e da **mens legis**. Se o juiz não está impondo sua vontade, sim, apenas combinando aspectos favoráveis de duas leis aprovadas pelo Parlamento, não há que se falar em criação (sim, em aplicação de lei penal)" (Direito Penal, RT, São Paulo, 2007, V. 2, Parte Geral, páginas 97/98).*

Rogério Greco leciona que "a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais da ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a lei anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na lei posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o beneficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados, a exemplo do que ocorreu com as Lei nºs 6.368/76 e 11.343/2006, onde a pena mínima cominada ao delito de tráfico de drogas era de 3 (três) anos (revogado art. 12), sendo que a **novatio legis** a aumentou para 5 (cinco) (atual art. 33). No entanto, a nova Lei previu, em seu art. 33, § 4º, uma causa especial de redução de pena que não constava da lei anterior...Assim, deverá o julgador, na hipótese de crime de tráfico ocorrido na vigência da Lei nº 6.368/76, além de partir, obrigatoriamente, da pena mínima de 3 (três) anos, aplicar, se o caso concreto permitir, a causa de redução prevista na Lei nº 11.343/2006, conjugando, assim, em benefício do agente, os dois diplomas legais, em estrita obediência ao disposto no inciso XL, do art. 5º da Constituição Federal, que prevendo os princípios da ultra e da retroatividade benéficas, determina que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu." (Curso de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1, Ímpetus, Niterói/RJ, 9ª edição, 2007, páginas 116/117).

Feitas tais considerações, lembra-se que por lei mais benéfica não se deve entender apenas aquela que comine pena menor, pois "*en principio, la retroactividad es de la ley penal e debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, al todo el contenido que hace recaer sobre la conducta, sendo necessário que se tenha em conta uma série de outras circunstâncias, o que implica em admitir que "la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto, tal como ensina Eugenio Raul Zaffaroni. (Grifo meu)⁷.*

Para Günther Jakobs: "*La determinación de la ley mas favorable ha de llevarse a cabo por separado para cada clase de reacción y para cada fase de la determinación, de modo que puede haber que aplicar, en función de cada reacción penal o de la fase de cómputo em cuestión, distintas leyes como em cada caso más favorables. En el supuesto del ejemplo, habría que medir la pena en el marco de la comminación penal de la ley vigente em el momento del hecho (en esta medida, es más favorable la ley antigua), pero sin tener em cuenta la reincidencia (en esta medida, es más favorable la ley nueva).*" (Parte General, Fundamentos y Teoria de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, 2ª edición, página 126).

⁷ Tratado de Derecho Penal, Parte General, I, Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, págs. 463 e 464.

Pois é ... desanimador mais este entendimento da Suprema Corte, suposta guardiã da Carta Constitucional.

O problema, no fundo no fundo, é a falta de coragem de nossos Juizes, Tribunais e da Suprema Corte para enfrentar a opinião pública manipulada pelos meios de comunicação (evidentemente, ressalvo os Magistrados comprometidos com a Constituição Federal).

A propósito, Cappelletti, “*a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todas.*”⁸ Devemos interpretar as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! Como magistralmente escreveu Frederico Marques, a Constituição Federal “*não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.*”⁹

James Goldshmidt¹⁰ já afirmava no clássico “Problemas Jurídicos e Políticos del Proceso Penal” que a estrutura do processo penal de um país indica a força de seus elementos autoritários e liberais.¹¹

Evoé Ministros das Liberdades Públicas!

⁸ **Apud** José Frederico Marques, **in** Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1998, Vol. I, p. 79.

⁹ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 79.

¹⁰ Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “*nunca foi tão importante estudar os Goldschmidt, mormente agora onde não se quer aceitar viver de aparências e **imbrogli** retóricos.*” (O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 12).

¹¹ **Apud** José Frederico Marques, **in** Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 37.