

RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA: A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 (LEI DE TÓXICOS)

Vinicius de Toledo Piza Peluso

RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA: A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º...

Em um País que sofre os efeitos decorrentes da incessante e inflacionada ação legiferante, o problema da sucessão de leis penais, e especificamente a questão da retroatividade da lei penal mais benéfica, parece nunca querer sair de cena, reiteradamente emergindo com toda força a cada nova lei publicada, suscitando acalorados debates e, dentre eles, a questão sobre a possibilidade da conjugação de elementos da antiga e nova lei para a valoração da benignidade e sua eventual aplicação retroativa.

No caso, a Lei nº 11.343/06, em seu art. 33, § 4º, criou inédita causa de diminuição de pena em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, ao estabelecer que as penas serão diminuídas de 1/6 a 2/3 nos casos de réus primários e de bons antecedentes, que não se dediquem a atividades criminosas e nem integrem organização criminosa, gerando, assim, a questão de sua aplicabilidade, ou não, aos casos anteriores à sua vigência.

De fato, a posição dogmática que nega a combinação entre a antiga e a nova lei, com a consequente aplicação retroativa de parte da lei nova mais favorável aos acusados, é considerada a posição tradicional e vem embasada em respeitáveis doutrinares nacionais (Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso etc.) e estrangeiros (Vincenzo Manzini, Luis Jiménez de Asúa, Rodríguez Mourullo, Enrique Bacigalupo, Francisco Muñoz Conde, Manuel Cobo del Rosal etc.).

Entretanto, ainda que respeitada tal posição dogmática, o fato é que não convence a fundamentação utilizada de que é vedado ao juiz combinar ambas as leis em busca de posição jurídica mais favorável ao cidadão, conjugando os aspectos benéficos tanto da antiga quanto da nova lei penal e os aplicando, sob pena do mesmo, nessa situação, estar criando uma nova lei (*tertia lex*) e, portanto, indevidamente legislando.

Tal posicionamento é resultado do método da ponderação unitária (ou global), que significa que "é a lei na sua totalidade, na globalidade das suas disposições, que deve ser aplicada" (v. TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Successão de Leis Penais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 154), pois não seria lícito ao juiz construir regimes particulares pela conjugação de elementos retirados de uma e outra lei, com prejuízo da quebra de coerência e a obtenção de um resultado aberrante, ainda que concretamente vantajoso para o agente (*op. cit.*).
Entretanto, adverte corretamente Tai-

pa de Carvalho que há de se recusar tal posicionamento dominante, ante a ausência de fundamentação suficiente, que, na verdade, configura-se mais como uma mera afirmação dominante que vem sendo reiteradamente repetida, sem demonstrar donde a ilegitimidade e a aberração dos resultados (*op. cit.*, p. 156).

Assim, sustenta que o método correto para a determinação da lei penal mais favorável, nos casos de sucessão de leis, seria o da ponderação diferenciada (ou discriminada), que considera a complexidade de cada uma das leis e a relativa autonomia de cada uma das disposições, procedendo-se ao confronto de cada uma das disposições de cada lei, com a consequente aplicação, ao caso concreto, das disposições de ambas (*pp. cit.*, p. 154), inclusive porque tal proceder "é imposto pela ratio jurídico-política da proibição da retroatividade desfavorável e pela ratio político-criminal da imposição da retroatividade favorável" (*op. cit.*, p. 158), razão pela qual "a solução mais correta e imposta político-criminalmente é a que passa pela ponderação concreta e diferenciada, aplicando-se de cada uma das leis em confronto as disposições penais que sejam concretamente mais favoráveis ao infrator" (*op. cit.*, p. 160).

De tal postura, não destoa Günther Jakobs ao afirmar que a ponderação unitária de alternatividade das leis viola o princípio da legalidade, e, para evitar tal violação, "la determinación de la ley más 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 en cuestión, distintas leyes como en cada caso más favorables" (v. *Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 125-126).

Quanto à alegação de criação de *tertia lex* por parte do julgador ao combinar os elementos da lei antiga e da lei nova, Francese o Alimena afirmava corretamente que uma disposição da lei penal pode ser constituída por várias partes, pois, tal como o preceito incriminador, também o preceito sancionatório pode ser constituído por diferentes partes, podendo ocorrer que, numa parte, seja mais favorável a lei anterior e, noutra, seja mais favorável a lei nova ou vice-versa, sendo, pois, infundada a alegação de eventual violação ao princípio da separação de poderes ao assim proceder, pois, no caso, o juiz "não

legisla nada" (*apud* TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Op. cit.*, p. 159).

Ademais, como observado por Bustos Ramirez e Hormazábal Malaré, não há razões de fundo para se opor à conjugação da lei antiga e nova, pois, em Direito Penal, há casos de combinações de leis admitidas, pois, não raro, estão as leis penais incompletas (p. ex. leis penais em branco) exigindo sua integração com outras disposições, sempre e quando existam bases claras de determinabilidade legal, o que, definitivamente, ocorre com a *tertia lex* mais favorável, configurando-se, assim, uma simples interpretação integrativa em favor do réu, algo perfeitamente possível (v. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 1997, v. I, p. 109).

Finalmente — e aqui creio o ponto mais importante e fulcral da questão —, a retroatividade da lei penal mais benéfica no Brasil, ao contrários dos países onde a tese contrária originou-se, é princípio constitucional expresso no art. 5º, XL, da CF, estabelecendo categoricamente que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", a configurar, pois, a retroatividade benéfica como verdadeiro direito fundamental dos cidadãos.

Como se sabe, os direitos fundamentais funcionam como um "cânon para disciplinar jurídicamente las diversas manifestaciones de la vida del Estado y de la sociedad. De ahí que existan supuestos peculiares que connotan la interpretación de los derechos fundamentales con rasgos distintivos" (PÉREZ PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª ed., Madrid: Tecnos, p. 310), o que, inegavelmente, vem a causar importantes reflexos na interpretação do sistema jurídico-legal; e, dentre os *topoi* para a interpretação constitucional que venha a gerar imediata repercussão na esfera dos direitos fundamentais, é de vital importância o princípio do *in dubio pro libertate*, que concretiza a presunção geral, própria do Estado Democrático de Direito, em favor da liberdade dos cidadãos — ou seja, trata-se de uma opção constitucional em favor da liberdade (*favor libertatis*), segundo a qual, em casos duvidosos, deve-se optar pela interpretação que melhor proteja os direitos fundamentais, concebendo o processo hermenêutico constitucional como um trabalho tendente a maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima eficácia dos direitos fundamentais (*op. cit.*).

Daf, corretamente afirmado por Frederico Marques que "a norma do caso con-

Vinicius de Toledo Piza Peluso

creto é construída em função de um princípio constitucional, como 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 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 sobrepor 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. (...) Quando está em jogo a Constituição, o juiz, para cumpri-la, pode até mesmo usar os poderes pretorianos do adjuvare, supplere, corrigere, sem que esteja se exorbitando. Por que lhe cercear, portanto, a escolha da regra aplicável quando esta é tirada de lei anterior ao julgamento?" (in *Tratado de Direito Penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1964, v. I, p. 210).

Por outro lado, a confirmar a plena aplicabilidade do direito fundamental da retroatividade das leis penais benéficas, ainda que decorrente da conjugação das leis anterior e posterior, veja-se o teor do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que estabelece que a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, apli-

ca-se aos fatos anteriores, não conhecendo tal disposição legal, portanto, qualquer exceção, razão pela qual inexistente, entre nós, óbice à combinação das leis penais sucessivas (v. CIRINO DOS SANTOS, *Juarez Cirino dos Santos, Júlio Fabbrini Mirabete, René Ariel Dotti, Paulo Queiroz, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Luiz Régis Prado, Cezar Roberto Bittencourt, Álvaro Mayrink da Costa, Rogério Greco*, dentre outros).

Tal posição, inclusive, é a que vem sendo adotada pela, designada, moderna dogmática brasileira (Juarez Cirino dos Santos, Júlio Fabbrini Mirabete, René Ariel Dotti, Paulo Queiroz, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Luiz Régis Prado, Cezar Roberto Bittencourt, Álvaro Mayrink da Costa, Rogério Greco, dentre outros). Assim sendo, diante das breves considerações supra, entendo que inexistente qualquer óbice à aplicação retroativa da causa de diminuição de pena, estabelecida pelo § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, aos casos ocorridos anteriormente à sua vigência, por dar, assim, plena eficácia ao princípio constitucional da retroatividade das leis penais mais benéficas e, conseqüentemente, maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima aplicabilidade dos direitos fundamentais. ●

Vinicius de Toledo Piza Peluso
Juiz de Direito/SP, professor universitário, membro do Inst. Bras. de Ciências Criminais (IBCCRIM), membro da Assoc. dos Juizes para a Democracia (AJD) e membro da Assoc. Internacional de Direito Penal (AIDP)



IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

- IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Alberto Silva Franco

1º VICE-PRESIDENTE:

Sérgio Mazina Martins

2º VICE-PRESIDENTE:

Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO:

Carlos Alberto Pires Mendes

2º SECRETÁRIA:

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRA:

Silvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

Carlos Vico Mañas, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Mauricio Zanoide de Moraes e Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA: Sergio Salomão Shecaira

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Guilherme Madeira Dezem

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi

Perruso

INTERNET: Heloisa Estellita

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline

Sinhoretto

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina

Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Flávia D'Urso,

Glauber Callegari e Renata Flores Tybinjá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Juliana Garcia Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama

de Magalhães Gomes

CONVÊNIO: André Augusto

Mendes Machado

HISTÓRIA: Roberto Mauricio Genofre

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato

Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo

Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo

Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koemer

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Rui Stoco

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS:

Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico

Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

CURSOS E EVENTOS

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

*"Adolescentes em Conflito com a Lei x ECA.
Contribuição ou Prevenção à Violência?"*

Data: 21 de junho de 2007 às 10h00

Local: Auditório do IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar - São Paulo (SP)

Expositores: Fernanda de Lima Poletto (psicóloga)

e Clilton Guimarães (promotor de Justiça).

Vagas Limitadas!

Inscrições e informações: www.ibccrim.org.br ou (11) 3105-4607 ramal 144

SEMINÁRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP

Organização: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM,

Escola Paulista da Magistratura, Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

e Ordem dos Advogados do Brasil - 39ª Subseção de São Bernardo do Campo.

Data: De 18 a 22 de junho de 2007 — Horário: 20h00

Local: Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

Palestrantes: Alamiro Velludo Salvador Netto, Alberto Silva Franco,

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Heitor Donizete de Oliveira

e Marco Antonio Rodrigues Nahum.

Informações e inscrições: até 13/06/2007, (11) 4123-0222 - Ramais 202 e 210

pos@direitosbc.br ou www.direitosbc.br

Importante: Serão conferidos certificados aos participantes com aproveitamento correspondente a 80% de frequência.