



Ministério Pùblico do Estado de Mato Grosso
Turma de Procuradores de Justiça Criminal para
Uniformização de Entendimentos

ASSENTO nº 007/2009 - TUPJC-MT.

I – Não é possível aplicar-se retroativamente a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da lei 11.343/2006 aos condenados por tráfico de drogas na vigência da lei 6.368/76.

A nova lei antidrogas, ao criar a diminuição de pena do §4º do seu art. 33, disponibilizou aos julgadores importante instrumento de diferenciação entre os diversos tipos de traficantes.

Assim, o condenado por tráfico de drogas, quando primário, possuidor de bons antecedentes, que não integrar organização criminosa, e nem se dedicar a atividades criminosas, poderá ter sua pena reduzida de um sexto a dois terços.

Trata-se de instrumento legal destinado a evitar que o pequeno traficante, que se envolve no comércio de entorpecente a fim de satisfazer seu próprio vício, receba o mesmo tratamento dispensado aos traficantes de grande porte, pertencentes a grupos ou mesmo organizações

Alguns agentes condenados ao tempo da lei 6.368/76 por crime de tráfico tem sido contemplados com referida diminuição, por decisões que consideram o *princípio da lei nova mais benigna*.

A despeito da regra da retroatividade da lei penal mais benéfica, contida no parágrafo único, do art. 2º, do Código Penal, não é correta a aplicação da causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da lei 11.343/2006, retroativamente, porque essa causa não tem aplicação fora do sistema sancionatório introduzido pela nova lei antidrogas.

Com efeito, o novo modelo de sanção do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 atribuiu ao juiz maior amplitude na fixação da *pena necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime*. Ao elevar o mínimo da pena cominada ao crime de tráfico, de três para cinco anos, até o máximo de quinze anos de reclusão e, em contrapartida, ao introduzir uma causa especial de diminuição de pena - do § 4º - entre um mínimo de 1/6 e o máximo de 2/3, o legislador estabeleceu novos marcos que



Ministério Pùblico do Estado de Mato Grosso

Turma de Procuradores de Justiça Criminal para Uniformização de Entendimentos

permitem ao juiz um formidável panorama para a avaliação das *circunstâncias* concretas do fato e do perfil do criminoso, de modo a concretizar a pena conforme a diversidade das infrações, a gravidade, a maior ou menor censurabilidade da conduta, tendo em conta a própria motivação criminosa (econômica, sentimental, de solidariedade etc.), e as consequências da infração penal.

Dada a tipologia e as peculiaridades do crime de tráfico - crime que se consuma por múltiplas e variadas formas, modalidades e motivação - que se diferencia do crime de posse de droga para uso próprio por um raciocínio excludente, a partir do dolo especial do agente, nem sempre fácil de determinar - a justa retribuição penal ao condenado por crime de tráfico está diretamente vinculada à identificação de certo padrão de crimes e criminosos.

Assim, é curial, conforme a lei, que entre os extremos - o traficante profissional, que faz do crime seu meio de vida, e o pequenino traficante, que vende a droga para sustentar o próprio vício - há diversos outros perfis de criminosos que devem ser identificados nos autos do processo criminal e receber sanção correspondente ao grau de gravidade concreta do fato criminoso em correlação com as suas condições pessoais.

E o instrumento por meio do qual o juiz deve dar resposta estatal a essas situações objetivas é a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, sem o que seguiriam havendo dois efeitos deletérios: um indesejável recrudescimento penal contra pequenos traficantes, que acabariam recebendo a mesma pena mínima dos grandes traficantes, e/ou um deficiente apenamento dos que merecem uma resposta penal mais severa.

Esse mecanismo conjugado do *caput* do art. 33 e do § 4º da lei 11.343/2006, portanto, é poderoso instrumento de política criminal orientado pelo princípio constitucional da individualização da pena, que deve ser, claro, manejado com indispensável sensibilidade em cada caso concreto de modo a se encontrar a resposta penal justa e adequada àqueles perfis criminais na medida de sua culpabilidade.

É com essas premissas que não se pode, simplesmente, pretender retroagir a causa de diminuição de pena referida aos condenados por tráfico punido com as sanções do art. 12 da revogada lei nº 6.368/76, desconsiderando-se inteiramente a *ratio legis* do modelo sancionatório vigente, claramente voltado para o recrudescimento da pena dos que



Ministério Pùblico do Estado de Mato Grosso

Turma de Procuradores de Justiça Criminal para

Uniformização de Entendimentos

realizam o tipo penal com maior desvalor da ação e maior desvalor do resultado.

Essa orientação tem sido sufragada no Superior Tribunal de Justiça por sua Quinta Turma, ao entendimento de que a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º da lei 11.343/2006 a situações consumadas na vigência da lei nº 6.368/76 mostra-se indevida e inadequada, pois *o Magistrado que assim procede está na verdade cindindo leis para criar uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê pena mínima de três anos para o tráfico, passível de redução de 1/6 a 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão-; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída por via de interpretação.* (HC 96.242/SP., Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, DJ 09.06.2008).

De fato, a lei nº 11.343/2006 trouxe um agravamento da pena para os traficantes e um tratamento diferenciado a favor de traficantes menores. Assim, quando se aplica retroativamente a causa de diminuição de pena aos crimes praticados ao tempo da lei revogada, se está admitindo um resultado paradoxal. Vejamos um exemplo: um traficante condenado, aquela época, a uma pena uma pena mínima de três anos de reclusão que viesse a receber diminuição máxima de 2/3, por força do art. 33, § 4º, da nova lei, teria pena definitiva de, apenas, um ano de reclusão, resultado que viola frontalmente o sentido mínimo de equidade e de bom senso.

É neste sentido que o STJ tem afirmado, em diversos precedentes, que o juiz que aplica a causa de diminuição de pena ao crime de tráfico não está aplicando retroativamente a lei nova por ser melhor, mas ao contrário, está criando uma terceira norma, não prevista no ordenamento jurídico, qual seja, a norma que autorizaria agraciar o traficante típico, a quem a lei - tanto a anterior, quanto a vigente - tratam com maior severidade como se de um pequenino traficante se tratasse.

A propósito, o recente arresto do Superior Tribunal:

II - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser.



Ministério Pùblico do Estado de Mato Grosso

Turma de Procuradores de Justiça Criminal para

Uniformização de Entendimentos

Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

III - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33.

IV - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do conceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.

V - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no *caput* do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 (HC 124986/SP. Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 03.08.2009).

E no mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA APLICADA: 7 ANOS DE RECLUSÃO. DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O ACUSADO OU SENTENCIADO. ACÓRDÃO QUE RECONHECE QUE A PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, parág. 4º da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. O § 4º faz referência expressa ao *caput* do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.



Ministério Pùblico do Estado de Mato Grosso

Turma de Procuradores de Justiça Criminal para

Uniformização de Entendimentos

3. O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica interna do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes.
4. A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2º do CPB e 5º, XL da CF/88), sem, todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado.
5. Ocorre que, no caso concreto, o acórdão ora impugnado reconheceu que a paciente se dedica a atividades criminosas, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação retroativa.
6. A alteração dessa conclusão, a fim de verificar se a paciente se dedica ou não a atividades criminosas, enseja, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, in casu, não estão evidentes, impedindo a análise por meio da via exígua do

Habeas Corpus.

7. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(STJ - HC 116036/MG - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - 5ª Turma - DJe 09.02.2009)

No ponto, vale transcrever trecho do voto do Eminentíssimo Ministro Napoleão Maia Filho no julgamento do Habeas Corpus supra:

“(..)Ao meu modesto sentir, embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal Brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a combinação de leis, com a sua aplicação retroativa àquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76.

Veja-se que o Magistrado que assim procede está, em verdade, criando uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, que não integrem organização criminosa, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão;



Ministério Pùblico do Estado de Mato Grosso

Turma de Procuradores de Justiça Criminal para

Uniformização de Entendimentos

contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída pela via de interpretação.

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica intrínseca do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes.

Não se pode olvidar que o § 4º faz referência expressa ao *caput* do art. 33 da novel legislação, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, dada a exacerbão desproporcional da condenação em patamar tão elevado (5 anos), que poderia, em tese, ocorrer, nas hipóteses legais previstas (réu primário, de bons antecedentes e que não integre organização criminosa); deveras, não há como interpretá-lo isoladamente do seu contexto, pinçando somente esse excerto e combinando-o com outra legislação, que previa pena mínima bem menor (3 anos), sob pena de descaracterizar o conjunto da norma.

A combinação de normas dificilmente atenderá à finalidade de qualquer uma delas, além de quebrar a lógica intrínseca do sistema jurídico. Já advertia o ilustre mestre NELSON HUNGRIA, *que [...] não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis* (Comentários ao Código Penal, 1º. vol., 1 t., Forense, Rio de Janeiro, 1977, pág. 120).(...)"

Em conclusão, não se pode aplicar retroativamente a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33, da lei 11.343/2006 aos condenados por tráfico de drogas na vigência da revogada lei 6.368/76.

Mauro Viveiros
Procurador de Justiça