

**AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.343/06: A
DESCRIMINALIZAÇÃO DO ART. 28, PENAS DE MULTA, FLAGRANTE
DIFERIDO, TRÁFICO EVENTUAL E LEX TERTIA**

**THE INNOVATIONS BROUGHT BY LAW 11.343 / 06:
DECRIMINALIZATION OF ART. 28, PENALTS, GROSS DEFERRED,
TRAFFICKING AND POSSIBLE LEX TERTIA**

Leonel Fontes¹

Mestre em Direito

Associação de Ensino Barramansense/Centro Universitário de Barra Mansa
Barra Mansa (RJ) – Brasil

Daiane Fonseca Souza²

Graduanda em Direito

Associação de Ensino Barramansense/Centro Universitário de Barra Mansa
Barra Mansa (RJ) – Brasil

RESUMO: As drogas e os problemas desencadeados por elas, como o consumo pessoal e o tráfico de drogas, têm sido objeto de pesquisa cada vez maior. O Código Penal de 1940 regulamentava, ainda que limitadamente, o tráfico de drogas, logo após a Lei 6.368/76 revogou o referido dispositivo e vigorou por, aproximadamente, três décadas, sendo revogada em 2006 pela atual Lei 11.343/06. O presente trabalho destaca as inovações trazidas pela Lei 11.343/06, atual Lei de Drogas, comparando-a com a revogada Lei 6.368/76.

Palavras-chaves: tráfico de drogas; consumo pessoal; nova lei de drogas; usuário de drogas; traficante de drogas.

ABSTRACT: The drugs and the problems caused by them, as personal consumption and drug trafficking, have been the subject of research increasing. The 1940 Penal Code regulated, albeit narrowly, drug trafficking, shortly after Law 6.368/76 revoked the said device and lasted for approximately three decades, being revoked in 2006 by the current Law 11.343/06. This study highlights the innovations introduced by Law 11.343/06, Current Drug Law, comparing it to the repealed Law 6.368/76.

Keywords: drug trafficking; personal consumption; new drug law; drug user; drug dealer.

INTRODUÇÃO

As drogas vêm sendo objeto de estudo não só no que diz respeito à legislação, como também em relação à saúde pública. Nas últimas décadas a legislação que tratava

¹ Professor do UBM. Advogado especialista em Direito Penal e Orientador do Núcleo de Prática Jurídica do UBM. E-mail: nelfontes.adv@gmail.com.

² Estudante do 10º período do Curso de Direito do UBM. Estagiária do Núcleo de Prática Jurídica do NPJ. E-mail: daiane.fsm@hotmail.com.

sobre o uso de drogas e substâncias entorpecentes no ordenamento jurídico brasileiro sofreu uma significativa mudança e evolução.

A Lei 6.368/76 vigorou por aproximadamente três décadas, até que surgiu a Lei 10.409/02, esta por sua vez, foi criada pelo legislador no intuito de substituir a primeira, todavia seu projeto de lei era marcado por inúmeras deficiências técnicas, tornando-o, em partes, inconstitucional, o que acarretou o veto de sua parte penal, sendo aplicada apenas sua parte processual. Sendo assim a questão sobre as drogas e os crimes a ela relacionados manifestava-se na conjunção de duas leis, a saber, Lei 6.368/76 e Lei 10.406/02, que foram revogadas pela, então atual, Lei 11.343/06, que trouxe significativa evolução no tangente à traficância de drogas e entorpecentes afins para o atual ordenamento jurídico. O terceiro capítulo deste trabalho refere-se aos crimes em espécie presentes na atual Lei de Drogas, abordando o bem jurídico tutelado, sujeito dos crimes, bem como o momento consumativo de cada tipo penal.

Entre todas as mudanças trazidas pela nova Lei 11.343/06, vale destacar a figura do usuário e as medidas de reinserção e reintegração do mesmo, assim como as medidas de prevenção e combate às drogas. Surge, então, a problemática do usuário de drogas não estar submetido a pena privativa de liberdade, se ocorreu despenalização ou descriminalização das condutas citadas no artigo 28 da Lei 11.343/06, tema tratado no quarto capítulo deste trabalho, bem como as principais inovações trazidas pela Lei de Drogas.

O objetivo geral da pesquisa é buscar maior entendimento acerca da atual Lei 11.343/06 e das inovações trazidas por ela ao ordenamento jurídico brasileiro. Os objetivos específicos são: distinguir e definir a descriminalização e a despenalização dentro do tema em estudo; analisar as novas alterações instituídas pela atual Lei 11.343/76 em comparação a antiga legislação; estudar as novas medidas aplicadas ao usuário de drogas; examinar os posicionamentos doutrinários acerca do tema.

A pesquisa trata de tema de extrema importância, ligado não só à ordem pública, como principalmente, à Constituição e ao direito penal e processual brasileiro. Atualmente existe grande discussão acerca do assunto, posto que a cada dia aumenta-se mais o número de usuário de drogas e com eles outros fatores, como a violência e a dependência física e psíquica.

Considerando que o estudo tem por objetivo explorar as novas normas e conceitos estabelecidos pela atual legislação antitóxicos, a metodologia aplicada será a análise teórica através da interpretação de materiais publicados.

Existem inúmeras áreas de conhecimentos nas quais se inserem o tema do presente estudo. Trata-se de pesquisa de matéria constitucional, penal e processual penal. Terá como fonte primária a lei propriamente dita, e como fonte secundária, livros e artigos sobre o tema. A possibilidade da pesquisa é garantida diante do vasto acervo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema em estudo.

1 ASPECTOS GERAIS DA LEI 11.343/06

Com a inserção da lei 11.343/06 no ordenamento jurídico brasileiro, grandes e polêmicas discussões surgiram em relação ao seu texto e vários de seus dispositivos normativos.

A lei 6.368/76 que anteriormente regulamentava a questão de substâncias entorpecentes possuía caráter repressivo ao usuário de drogas, por outro lado, a lei 11.343/06 apresenta, nitidamente, a preocupação do legislador com o aspecto sociológico do tema. O problema a ser tratado não se direciona apenas ao direito penal em questão, envolve também fatores econômicos e sociais, e uma série de outros elementos que contribuem para disseminação de substâncias que causam dependência física ou psíquica.

2 DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO DO ARTIGO 28

René Ariel Dotti (1998. P. 266) entende que despenalizar "é excluir ou reduzir a incidência das penas privativas de liberdade". Para Luiz Flávio Gomes despenalizar significa "suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter de "crime" da infração"³. Enquanto descriminalizar, para Gomes, é "retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime". Para Ravênia Leite a descriminalização "retira a característica de crime do fato que anteriormente era

³GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de tóxicos não prevê prisão para usuário. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1141, 16ago.2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8790>>. Acesso em: 17 maio 2015.

tratado como ato delituoso pelo ordenamento jurídico pátrio. Já a despenalização apenas diminui a pena imposta, não sendo retirada do ordenamento jurídico”⁴.

Diante deste conceito, pequena parte da doutrina entende que ocorreu a descriminalização da conduta tipificada no artigo 28 da referida lei. Tendo por base o artigo 1^o da Lei de Introdução ao Código Penal, Luiz Flávio Gomes argumenta que:

Ora, se legalmente (no Brasil) "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser "crime" do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: a nova lei de drogas, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de "crime" porque de modo algum permite a pena de prisão. (GOMES, Luiz Flávio. 2006)

Todavia, esta corrente não ganhou força no ordenamento jurídico pátrio. A corrente majoritária sustenta que ocorreu, na realidade, a despenalização da conduta elencada no respectivo artigo. Tendo em vista que a posse de drogas para consumo pessoal do agente não deixou de ser tipificada como crime à luz da lei 11.343/06, assim, leciona Fernando Capez:

O fato continua a ter natureza de crime, na medida em que a própria lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III)”. No tocante à incompatibilidade para com a Lei de Introdução ao Código Penal, o autor ressalta que a mesma “está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI. (CAPEZ, Fernando. 2006)

E, ainda:

A nova lei de tóxicos manteve o crime no art. 28. Não se pode falar em descriminalização, porém seu caráter despenalizador é indiscutível. A nova figura aboliu as penas privativas de liberdade e pecuniária ou inominada, perda de bens e valores e interdição temporária de direitos. [...] o caráter ilícito da conduta descrita no art. 28 é inegável e igualmente inegável a substituição da sanção penal. (CAPEZ, Fernando. 2006)

O Superior Tribunal Federal também compreende que houve a despenalização do artigo 280 e posicionou-se a respeito no RE 430105 de 2007:

O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não

⁴ LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **A admoestação ao usuário de drogas e a descriminalização da conduta de uso, ante a nova lei de drogas.** *Jus Vigilantebus*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/37125>. Acessado em: 07.05. 2015.

⁵ Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (Decreto-Lei nº 3.914/41)

obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da Lei 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). Não se pode, na interpretação da Lei 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). (STF, 1º Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).

E, por fim:

O que houve foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento - antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º); Lei 9.605/98, arts. 3º; 21/24) - da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal. (STF, 1º Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence)

A maior das discussões envolvendo a Lei 11.343/06 é em torno da despenalização ou descriminalização da conduta tipificada no artigo 28 da norma supracitada, que se refere à posse de drogas para consumo pessoal. Para maior compreensão faz-se necessário a distinção entre despenalização e descriminalização.

3 PENAS DE MULTA

A Constituição Federal determina em seu artigo 5º, inciso XLVI, que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

O artigo 49 do Código Penal disciplinou, ainda que genericamente, a pena de multa quanto a sua aplicação, fixação, cálculo e execução. Conforme reza, *in verbis*:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

Deste modo, percebe-se que cabe ao magistrado fixar em sentença o número de dias-multa e o valor correspondente a cada um deles, dando assim particularidade à pena conforme o princípio da individualização⁶.

Não obstante a lei 11.343/06 trouxe em seus artigos 42 e 43 (repetindo o disposto no artigo 49 do Código Penal), o modo como o magistrado deve aplicar a pena de multa aos indivíduos que praticarem os crimes nela tipificados.

Ocorre que a pena de multa imposta nos artigos da legislação antidrogas sofreu significativa valoração em relação ao estabelecido, tanto no que diz respeito ao Código Penal, quanto à revogada Lei 6.368/76. Nota-se que, aquele que incorrer no crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, poderá receber uma pena de multa entre 500 (quinhentos) e 1500 (um mil e quinhentos) dias-multa. A antiga Lei 6.368/76, que foi revogada pela atual Lei de Drogas, estabelecia aos indivíduos que incorressem na mesma tipificação penal, multa de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Ainda, observa-se que, ao condenado à pena mínima imposta no artigo 33, *caput*, da lei de drogas, e aplicada a essa pena a redutora máxima prevista no §4º do referido artigo, será o réu condenado a efetuar o pagamento mínimo de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Tal valor traduzido em reais equivale a R\$4.360,00 (quatro mil trezentos e sessenta), aproximadamente.

No que se refere ao artigo 28 da lei 11.343/06, o juiz pode para a garantia do cumprimento das medidas educativas dispostas no *caput*, e nos incisos I, II e III, submeter o agente que não as cumprir, a admoestação verbal e a multa, sucessivamente. Neste caso, a valoração da multa que poderá ser imposta é regulamentada pelo artigo 29⁷ da Lei de Drogas, e não deverá ser inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem) dias-multa, os valores decorrentes da multa, neste caso, serão creditados ao Fundo Nacional Antidrogas.

⁶ Princípio que garante que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.

⁷ Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

4 FLAGRANTE DIFERIDO

O flagrante diferido, também conhecido como flagrante protelado ou retardado, nada mais é que possibilidade que a autoridade policial possui de postergar a prisão em flagrante de determinado indivíduo, para que, assim, possa obter maiores dados ou informações acerca do funcionamento, da composição e atuação de uma organização criminosa. Ou seja, a autoridade policial deixa de efetuar a prisão em flagrante do agente, para efetivar tal prisão no momento mais oportuno do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. Normalmente aplica-se às investigações ligadas a ilícitos praticados por associações ou organizações criminosas de qualquer natureza.

É válido ressaltar que o flagrante diferido não se confunde não com o flagrante esperado. No primeiro o agente já está em flagrante da prática do crime, podendo a autoridade policial efetuar a prisão, enquanto no segundo o agente ainda não se encontra em estado de flagrante da prática do delito, a autoridade policial fica na expectativa da sua ocorrência para efetuar a prisão.

Tal modalidade de flagrante já era aplicada aos crimes de tóxicos, nos termos da revogada lei 10.409/02. O art. 33 da revogada Lei estabelecia a possibilidade da não atuação policial sobre os portadores de produtos, substâncias, ou drogas ilícitas que entrem no território brasileiro, dele saiam ou nele transitem, com a finalidade de identificar e responsabilizar a maior número de integrantes de operações de tráfico.

No tocante à atual legislação de drogas trata-se do estabelecido no artigo 53 da lei 11.343/06, *in verbis*:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Todavia, a ação não deve ser livre e desordenada por parte a autoridade policial, nota-se que o próprio artigo estabelece que a prática do flagrante diferido depende de autorização judicial.

5 TRÁFICO EVENTUAL

Também conhecido por tráfico privilegiado, este instituto encontra-se presente no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, *in verbis*:

§ 4º 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 direito, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Destarte, o artigo 33 em seu §4º, prevê uma causa especial de diminuição de pena para o chamado traficante eventual ou pequeno traficante. A lei elenca quatro requisitos para que o réu possa receber a redução da pena, que são cumulativamente: primariedade, bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

O Egrégio Superior Tribunal Federal, através do julgamento do Habeas Corpus 97.256, considerou inconstitucional a vedação da conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito, como observa-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...] 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia

intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente. (STF- HC 97256/RS. Relator Min. Ayres Britto. Julgado pelo Pleno. Publicado em 16 de dezembro de 2010).

Em 2012 o Senado Federal, através da resolução nº 5, declarou de fato a inconstitucionalidade e suspendeu a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direito”.

O disposto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 trouxe significativa divergência entre a doutrina e a jurisprudência, uma vez que o crime de tráfico de drogas equipara-se aos crimes hediondos. Surgiu então a questão do tráfico privilegiado ter ou não característica hedionda, o Superior Tribunal de Justiça, decidiu nesse sentido:

[...] Dessa forma, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, pois a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização. (REsp 1.329.088-RS)

Desse modo, nota-se que para o STJ, o tráfico de drogas privilegiado equipara-se ao crime hediondo. Inclusive publicou recentemente a Súmula 512 “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

O Egrégio Superior Tribunal Federal em dezembro de 2014 adiou a sessão pela qual julgaria cerca de 4 (quatro) habeas corpus com fundamento nos quais o Supremo decidirá se o tipo penal disposto no §4º do artigo 33 será ou não classificado como crime hediondo, valendo-se do inciso XLIII disposto no artigo 5º da Constituição Federal. Todavia, deve-se ressaltar que o STF anteriormente já se manifestou quanto ao tema no sentido de:

[...] Alega-se que o tráfico privilegiado não seria hediondo porque não estaria expressamente identificado no art. 2º da Lei 8.072/90 (“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas

afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança”), a prever tão somente a figura do tráfico de entorpecentes do *caput* do mencionado art. 33 da Lei de Drogas. Sustenta-se, ademais, que esse fato seria bastante para que o paciente não sofresse as restrições impostas pela Lei dos Crimes Hediondos(HC 110884/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 27.11.2012)

Nesse seguimento, espera-se a decisão definitiva do Superior Tribunal Federal, a fim de estabelecer a hediondez ou não do art. 33, §4º da Lei de Drogas.

6 LEX TERTIA

Também conhecida por *lex tertius*, a expressão em latim *lex tertia* significa, a grosso modo, terceira lei, e é utilizada para expressar a combinação de leis, ou seja, uma lei revogada combinada com uma lei vigente, gerando uma terceira lei. Esse tema relaciona-se com a lei penal no tempo, os princípios da ultratividade e retroatividade benéfica. Por ultratividade entende-se que a lei vigente durante o ato delituoso, produzirá efeitos além da sua vigência, no que for mais benéfica que a ulterior. Por outro lado, o princípio da retroatividade benéfica é a possibilidade da lei futura retroagir no que for mais benéfica para atingir fatos ocorridos na vigência de lei passada.

Existem duas principais correntes doutrinárias quanto ao tema, a primeira corrente é contra a combinação de leis, pois desse modo o magistrado estaria legislando, nesse seguimento, manifesta-se Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 105):

Realmente, se houvesse permissão para a combinação de leis, colocar-se-ia em risco a própria legalidade, pois o magistrado estaria criando norma inexistente, por mais que se queira dizer tratar-se de mera integração de leis. Ora, a referida integração não passa do processo criador de uma outra lei, diferente das que lhe serviram de fonte. E quando se diz que o art. 2º , parágrafo único do CP, autoriza a aplicação da lei posterior benéfica que “ de qualquer modo favorecer o agente” não está legitimando o magistrado a recortar pedaços da norma e aplicá-la em formação de uma outra totalmente inédita. Quer dizer simplesmente que uma lei penal nova mais benéfica , em qualquer ponto que seja, merece retroagir para favorecer o réu. A previsão do mencionado parágrafo único é uma cautela positiva, para que não se deixe de aplicar lei penal benéfica sob a assertiva de que não se cuida da pena propriamente dita ou da descrição da conduta típica. Há detalhes secundários que podem ser alterados na lei penal, merecedores de aplicação imediata. Exemplificando: se uma nova lei permite sursis sem o cumprimento de qualquer condição, embora não diga respeito ao tipo penal incriminador e ainda que o condenado esteja em liberdade, é um modo de favorecê-lo, logo, deve ser aplicada, eliminando-se as condições anteriormente fixadas.

A segunda corrente é favorável à combinação de leis, como observa Damásio de Jesus (2009, p. 128):

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.

E ainda, Reno Feitosa Gondim (2008, p. 305), *in verbis*:

Pode-se até compreender esse fenômeno da combinação de leis como a criação de uma *lex tertia* pelo poder judiciário. Contudo, assim o faz sem desprezar o ‘sentido’ da política criminal formulada no Legislativo, que manteve a proibição penal na sucessão de leis, e, o que é mais importante, respeita o Princípio Constitucional da irretroatividade da lei penal incriminadora, e sua exceção, que é a retroatividade da lei benéfica.

No tocante à Lei 11.343/06 a discussão está relacionada à aplicação da minorante presente no §4º do art. 33 combinada com o art. 12 da Lei 6.368/76, que não previa o benefício ao réu.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se manifestou contrária à combinação dos dispositivos supracitados no HC 94738 em 2008, *in verbis*:

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. 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 sua aplicação retroativa àquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76, pois o Magistrado que assim procede está, em verdade, cindindo leis para criar 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, 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. [...] 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. [...] ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. (STJ, HC 94738/SP; HC 2007/0271450-8, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJ 1º/9/2008).

De outro modo, a 6ª Turma do STJ decidiu em 2009 no HC 119922:

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que as disposições benignas contidas na Lei nº 11.343/06, incluindo o disposto no seu art. 33, § 4º, se aplicam aos crimes cometidos na vigência da Lei nº 6.368/76, nas hipóteses em que o réu for primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.(STJ, HC 119922/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., DJe23/3/2009).

Neste caso, visando evitar insegurança jurídica, o Superior Tribunal de Justiça publicou em outubro de 2013 a Súmula 501 “é cabível a aplicação retroativa da Lei n. 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 n. 6.368/1976,sendo vedada a combinação de leis”.

O Superior Tribunal Federal também já entrou em divergência quanto à combinação do §4º, art.33 da Lei 11.343/06 e o art. 12 da Lei 6.368/76. Em 2008 a 2ª Turma do Supremo manifestou-se nesse sentido:

Ação penal. Condenação. Pena privativa de liberdade. Prisão. Causa de diminuição prevista no art.33 da Lei nº 11.343/2006. Cálculo sobre a pena cominada no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76. E já definida em concreto. Admissibilidade. Criação jurisdicional de terceira norma. Não ocorrência. Nova valoração da conduta do chamado ‘pequeno traficante’. Retroatividade da lei mais benéfica. HC concedido. Voto vencido da Minª. Ellen Graice, Relatora original. Inteligência do art. 5º, XL, da CF. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, mais benigna, pode ser aplicada sobre a pena fixada com base no disposto no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76. (HC 95435, Rel.(a): Minª. Ellen Graice, Rel p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, 2ª T., DJe 7/11/2008)

De outro modo, em 2010 a 1ª Turma do STF, entendeu pela não combinação dos dispositivos em questão:

O entendimento deste Supremo Tribunal é no sentido de que não é possível aplicar a causa de diminuição prevista no art.33, §4º, da Lei 11.343.06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico dessas legislações. (RHC 101278 / RJ, Recurso Ordinário em Habeas Corpus; Rel. Min. Cármen Lúcia; 1ª T., DJe 21/5/2010)

O Recurso Extraordinário 596152 julgado em 2011 revelou-se importante para tornar consolidado o tema no âmbito do Supremo.Os Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa e a Ministra Cármen Lúcia manifestaram-se contra a possibilidade da combinação do art. 33, §4º da Lei 11.343/06 e o art. 12 da Lei 6.368/76, enquanto os

Ministros Cezar Peluso, Ayres Brito e Dias Toffoli votaram a favor da conjugação dos referidos dispositivos normativos. Após voto vista do Ministro Luiz Fux, este acompanhou o entendimento dos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Ministra Cármen Lúcia, votando contra a combinação das leis, conforme pode-se observar:

[...] filio-me à posição já manifestada neste Plenário pelos Excelentíssimos Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Joaquim Barbo, com a vênia dos demais pares, para considerar, nos termos já expostos, que a lextertia constitui patente violação aos princípios da igualdade, da legalidade e da democracia (arts. 5º, caput e II, e 1º, caput, respectivamente, todos da Constituição).

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 aorecorrido.

É como voto.

Diante de todo o exposto, nota-se que as leis atinentes às drogas, sofreram notória evolução até chegar à atual legislação sobre o tema. A Lei 6.368/76, que vigeu por cerca de três décadas, possuía caráter punitivo-repressivo, enquanto a Lei 11.343/06 é norteada por um caráter ressocializador e preventivo, o bem jurídico por ela tutelado é a saúde pública.

CONCLUSÃO

A nova Lei de Drogas inovou quanto à posse de drogas para consumo pessoal, regulamentada em seu artigo 28, observa-se que o agente que praticar o delito não será submetido à pena privativa de liberdade, sendo-lhe impostas apenas medidas restritivas de direito.

O dispositivo normativo trouxe fervorosa discussão para a doutrina, parte dela entendeu que ocorreu a descriminalização do tipo penal em questão. De outro modo, a corrente majoritária, assim como o Superior Tribunal Federal compreendem que ocorreu, na realidade, a despenalização da conduta tipificada no artigo 28 da Lei de Drogas. Ou seja, o fato continua sendo crime, mas a resposta penal para o agente é menor, uma vez que não lhe será imposta pena privativa de liberdade.

Por outro lado, a Lei 11.343/06 mostrou-se mais severa majorando as penas impostas ao indivíduo que incorrer no tipo penal do artigo 33, a saber, tráfico de drogas. A Lei 6.368/76 impunha pena de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos, enquanto a

atual Lei de Drogas determina reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos. No tocante às multas impostas pela Lei de Drogas, estas também foram significativamente valoradas.

Observa-se, ainda, entre as inovações trazidas pela Lei 11.343/06 a divergência quanto ao instituto do tráfico privilegiado (§4º, art. 33), que apresenta a causa especial de diminuição da pena para réu que for primário, com bons antecedentes, não integrar organização criminosa e não se dedicar às atividades criminosas. Em 2012 o Superior Tribunal Federal considerou inconstitucional a expressão contida no §4º “vedada a conversão em penas restritivas de direito”, o que levou o Senado Federal a publicar a Resolução nº5/2012, suspendendo a eficácia da expressão.

Outra grande discussão envolvendo o §4º do art. 33 é sobre o tipo penal ter ou não caráter hediondo, uma vez que o tráfico equipara-se aos crimes hediondos. O Superior Tribunal de Justiça, recentemente posicionou-se através da Súmula 512, a saber, “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”. O STF adiou no final de 2014, a sessão em que decidiria sobre o caráter hediondo do §4º do art. 33. Desse modo, espera-se a decisão do Supremo, a fim de estabelecer a hediondez ou não do artigo supracitado.

Por fim observa-se a grande discussão envolvendo o tema da combinação da minorante presente no §4º, art. 33 da Lei 11.343/06 com o art. 12 da revogada Lei 6.368/76. Parte da doutrina posiciona-se contra, e argumenta que se o juiz combinar o dispositivo de uma lei presente com o dispositivo de uma lei passada, estaria diante de uma *lex tertia*, ou seja, um terceira lei. Por outro lado, outra parte da doutrina posiciona-se a favor da aplicação da minorante do §4º, art. 33 ao art. 12 da Lei 6.368/76.

O STJ através da Súmula 501 posicionou-se quanto ao tema “é cabível a aplicação retroativa da Lei n. 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 n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis”.

O Superior Tribunal Federal entendeu pelo mesmo sentido na decisão do Recurso Extraordinário 596152. Portanto, compreende-se que atualmente, cabe ao juiz da vara de execuções, ao juiz singular ou ao tribunal de justiça, realizar a duas dosimetrias, uma de acordo com a Lei 6.368/76 e outra de acordo com a Lei 11.343/06, e aplicar ao caso concreto a pena mais benéfica para o réu.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luis Felipe. Análise da lei de drogas de 2006: preocupações sociais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3885, 19fev.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26744>>. Acesso em: 19 maio 2015.
- BREGA FILHO, Vladimir e SALIBA, Marcelo Gonçalves. A nova Lei de Tóxicos: Usuários e dependentes – descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal** nº16. Fev/mar 2007.p. 10.
- CAPEZ, Fernando. A nova Lei de tóxicos, modificações legais relativas à figura do usuário. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal** nº 14. Out/Nov, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio (Coord.) *et. al.* **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____; SANCHES, Rogério Cunha. Nova lei de drogas: retroatividade ou irretroatividade?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1235, 18nov.2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9170>>. Acesso em: 16 maio 2015.
- _____. Nova lei de tóxicos não prevê prisão para usuário. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1141, 16ago.2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8790>>. Acesso em: 17 maio 2015.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** – 9ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Tóxicos: Prevenção e repressão**. Comentários à Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo. Ed. Saraiva, 2011.
- GUIMARÃES. Isaac Sabbá. **Tóxicos. Comentários, Jurisprudência e Prática**. Curitiba: Juruá, 2003.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei Antidrogas anotada**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Crime de petrechos para o tráfico ilícito e o controle penal das drogas: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1518, 28ago.2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10332>>. Acesso em: 28 maio 2015.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. Parte Especial. 6 a edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- RIGHETTO, Luiz Eduardo Cleto. As penas de multa na nova Lei de Tóxicos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1298, 20jan.2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9409>>. Acesso em: 20 maio 2015.
- SILVA, George Freitas Gregoriola. Lei Penal no Tempo e a Lex Tertia Mitior. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10189>. Acesso em maio 2015.