

NOVA LEI DE DROGAS - DA COMBINAÇÃO DE LEIS (LEX TERTIA) – FATO PRATICADO SOB A VIGÊNCIA DA LEI N. 6.368/76 E APLICAÇÃO DA NOVA LEI N. 11.343/06

André Luís Callegari – Advogado – Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid – Professor visitante na Universidade de Coimbra – acordo CAPES/GRICES – Professor no Mestrado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade da combinação de leis para os fatos praticados sob a vigência da Lei n. 6.368/76 e julgados sob a vigência da nova lei penal, é dizer, a Lei 11.343/06.

Em que pese a nova Lei de Drogas incriminar algumas condutas mais severamente que a anterior, há dispositivos nela contidos que são mais favoráveis aos acusados. Nesse caso, deve o julgador fazer a combinação de leis visando favorecer os sujeitos que praticam as condutas descritas na lei nova.

Embora seja polêmica a questão da combinação de leis, vários autores brasileiros são favoráveis a sua utilização. Nesse sentido, FREDERICO MARQUES já lecionava que “a norma do caso concreto é constituída 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, mas 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”¹.

Segue FREDERICO MARQUES dizendo que “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 por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama os direitos do homem”².

No mesmo sentido, GIACOMOLLI ao afirmar que na aplicação da *lex mitior* temos que incluir também as leis intermediárias, pois não deixam de ser leis penais e estão irradiando eficácia plena. Ainda, não se pode afastar a combinação de parte de uma lei antiga com parte de uma lei nova, na busca do máximo benefício ao acusado. Isto não significa a criação de uma *lex tertia* pelo órgão jurisdicional, que não teria

¹ FREDERICO MARQUES, José. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 210.

² FREDERICO MARQUES, José, ob. cit., p. 210.

legitimidade para tal, mas de um trabalho integrativo, permitido ao intérprete, em sua tarefa de concretude normativa aos fatos³.

Feitas estas considerações iniciais pelo cabimento da combinação de leis, na hipótese de condenação de acusados que praticaram o fato sob a vigência da lei anterior, mas, que serão julgados sob a vigência da nova lei, deve-se operar a combinação das duas que tratam da matéria, possibilitando-se a melhor situação aos réus.

Nesse sentido, a conduta incriminada é a do art. 12 da Lei 6.368/76, que prevê as penas de 3 a 15 anos de reclusão, enquanto o art. 33 da Lei 11.343/06 prevê as penas de 5 a 15 anos de reclusão. Portanto, evidente que a pena a ser aplicada na hipótese de condenação é da Lei 6.368/76, porque se trata de pena menor à conduta incriminada e beneficia ao acusado.

Porém, constata-se que o legislador na nova Lei de Drogas (art. 33, da Lei 11.343/06) manteve as condutas incriminadas como no preceito da Lei anterior (art. 12 da Lei 6.368/76), mas, introduziu um dispositivo penal mais benéfico não existente na lei anterior (Lei 6.369/76), ou seja, possibilitou a redução das penas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (art. 33, § 4º, Lei 11.343/06). Assim, na hipótese de condenação, combinando-se os dispositivos das leis retro-mencionadas, aplicar-se-ia ao acusado as penas previstas no art. 12 da Lei 6.68/76, isto é três anos, com a redução prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06.

A doutrina estrangeira também já se manifestou no sentido da possibilidade da conjugação de leis. Conforme BUSTOS RAMÍREZ, a combinação de leis é admitida no campo penal, pois como já referimos, nunca há uma lei estritamente completa e há leis especialmente incompletas, como as leis em branco, que exigem sua complementação com outras, logo sempre o juiz em realidade está configurando uma *lex tertia*. Por outra parte, isso não viola nenhum dos conteúdos do princípio da legalidade e, mais ainda, está de acordo com o princípio da necessidade da pena que informa o princípio da culpabilidade. Definitivamente, não se vê razão para se opor à *lex tertia*, que nada mais é do que simples interpretação integrativa, completamente admissível (em favor do réu) na atividade judicial⁴.

Diante dos argumentos expendidos pela doutrina, não há empecilho para conjugação de leis (*lex tertia*), pois, conforme salientado, esta aplicação favorece os acusados, possibilitando ao julgador a correta aplicação da pena à espécie. Nesse diapasão, na hipótese de condenação, a pena aplicada pelo delito de tráfico deverá ser a prevista no art. 12 da Lei nº. 6.368/76, com a redução imposta pelo § 4º. do art. 33 da Lei 11.343/06.

³ GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 160.

⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984, pp. 101/102.